

EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE UN LAUDO INTERNACIONAL ANULADO EN EL PAÍS DE LA SEDE ARBITRAL *

Diana Correa Angel¹

A la vida simple

SUMARIO. Introducción. I. LA IMPORTANCIA DE LA SEDE ARBITRAL EN CUANTO AL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE UN LAUDO ANULADO. A. LA SEDE ARBITRAL INCORPORA EL LAUDO INTERNACIONAL AL ORDEN JURÍDICO INTERNO DEL PAÍS DE LA SEDE ARBITRAL. 1. De una incorporación geográfica a una incorporación jurídica del laudo internacional en el país de la sede arbitral. 2. Los inconvenientes de la incorporación del laudo internacional en el orden jurídico interno del país de la sede arbitral. B. LA DESLOCALIZACIÓN DEL LAUDO INTERNACIONAL DE LA SEDE ARBITRAL. 1. El nacimiento de las teorías tendientes a deslocalizar el laudo internacional de la sede arbitral. 2. ¿Se incorpora el laudo internacional a un orden jurídico? II. LA ACTITUD DEL JUEZ DEL RECONOCIMIENTO Y DE LA EJECUCIÓN DEL LAUDO INTERNACIONAL. A. EL JUEZ DEL EXEQUÁTUR FRENTE AL LAUDO INTERNACIONAL. 1. La confrontación del laudo al orden jurídico donde se pretende reconocer y ejecutar. 2. La irrelevancia de un recurso de anulación pendiente en la sede del arbitraje para efectos del exequátur. B. EL JUEZ DEL EXEQUÁTUR FRENTE A LA SENTENCIA JUDICIAL QUE HA ANULADO EL LAUDO INTERNACIONAL. 1. La legítima competencia del juez para anular el laudo internacional. 2. La anulación del laudo debe versar únicamente sobre causales de alcance internacional. Conclusión.

* Este artículo fue presentado a la revista el día 29 de agosto de 2008 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 28 de noviembre de 2008, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

¹ Abogada de la Universidad Externado de Colombia, especializada en Responsabilidad y daño resarcible de la misma Universidad. Diplôme Supérieur de l'Université –DSU- en Droit International Privé y Master 2 Recherche en Droit des Relations Économiques Internationales, Université Panthéon–Assas, Paris II. Actualmente adelanta un doctorado en Derecho Internacional en Paris II.

Introducción

El arbitraje internacional es la *jurisdicción natural* del comercio internacional. Esta frase se ha banalizado completamente en nuestros días. Parte de este fenómeno se debe a la asociación que se ha hecho entre los conceptos de arbitraje internacional y especialidad, imparcialidad, celeridad, economía, etc. Dicho lo anterior, y sin importar si estas características del arbitraje internacional son verdaderas o no, lo cierto es que el uso del arbitraje para resolver disputas contractuales internacionales es una práctica global cada vez más constante. No obstante, la institución del arbitraje se tropieza con un obstáculo enorme que la hace perder casi toda su eficacia, a saber, el control que ejercen los jueces nacionales sobre el laudo internacional², sin hablar de las otras intervenciones judiciales antes de la conformación misma del tribunal arbitral y durante el procedimiento arbitral. Estas intervenciones pueden tener tanto efectos tanto positivos como negativos³ sobre la institución arbitral.

Naturalmente, dicho control del laudo internacional podrá ser efectuado al menos por las jurisdicciones de dos Estados: la del lugar de la sede arbitral o *primary jurisdiction* que conocerá de un posible recurso atacando el laudo⁴ y la del lugar donde se pretenda ejecutar el laudo o

² En este artículo emplearemos la expresión “laudo internacional” para referirnos a la decisión proferida por un Tribunal arbitral internacional en el sentido del derecho internacional privado más no del derecho internacional público. De esta distinción nos ocuparemos más adelante.

³ “There are four basic categories of domestic court decisions affecting international commercial arbitration: 1) a decision taken by a State as to the “validity” of an arbitration agreement, 2) decisions on provisional measures, or on support of arbitration, taken during the arbitral proceedings, 3) a decision setting aside the award in the courts of the place of arbitration (“country of origin”), 4) a decision declaring enforceable an award in one country, or a decision concerning its effects”. KESSEDJIAN C., *Court Decisions on Enforcement Arbitration Agreements and Awards*, en *Journal of International Arbitration*, 2001, p. 1. Otros autores hablan de ocho formas de intervención judicial en el arbitraje comercial internacional: BALL M., *The essential judge: the role of the Courts in a system of national and international commercial arbitration*, en *Arbitration International*, Vol. 22, N° 1, 2006, p. 74. Así, estas intervenciones judiciales pueden ser tanto en favor como en contra del arbitraje. A guisa de ejemplo, podemos citar la institución de los países del *common law* denominada *anti suit injunctions*, recientemente importada por algunas jurisdicciones judiciales de los países del *civil law*. Valiéndose de ésta técnica, el juez nacional puede favorecer el arbitraje internacional oponiéndose a que una parte someta un diferendo a su jurisdicción habida cuenta de la existencia de una cláusula de arbitraje válida. Sin embargo, el juez nacional puede, usando la misma técnica, oponerse a un trámite arbitral prohibiendo a una de las partes convocar un Tribunal arbitral o continuar con el trámite si éste se encuentra ya constituido. Incluso el juez puede prohibir a la parte que ha ganado el caso que ejecute el laudo. Para conocer más sobre dicha institución, ver: CASTRICA F., “Antisuit injunctions e arbitrato: l’esperienza inglese e le sue prospettive alla luce della recente giurisprudenza comunitaria”, en *Diritto del Commercio Internazionale*, julio-dic. 2005, n° 19.3-4, p. 403. CLAVEL S., « Antisuit injunctions et arbitrage », en *Revue de l’arbitrage*, 2001, n° 4, pp. 671. GAILLARD E., « Il est interdit d’interdire : réflexions sur l’utilisation des anti-suit injunctions dans l’arbitrage commercial international », en *Revue de l’Arbitrage*, 2004, n° 1. GAILLARD E. General Director, *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, IAI, Series on International Arbitration, N° 2, JP Juris Publishing, Inc./Staempfli Publishers Ltd. SWANSON S., “Antisuit Injunctions in Support of International Arbitration”, en *Tulane Law Review*, Vol. 81, N° 2, Dic. 2006. TEYNIER E., « Les anti-suit injunctions », en *Gazette du Palais*, 5-7 dic. 2004, en *Cahiers de l’arbitrage* 2004, p. 9.

⁴ Aunque el recurso de anulación nos parece ser la forma más natural de atacar el laudo, debemos reconocer que no es la única. En efecto, algunos países conocen de los recursos de apelación (Reino Unido, *Arbitration Act 1996, section 69*) y de revisión (Code judiciaire Belge, Art. 1704, alinea 3) por ejemplo.

secondary jurisdiction que decidirá la demanda de exequátur y su posterior ejecución⁵.

En este orden de ideas, el doble control judicial al que está sometido el laudo puede conducir a un problema de coordinación y de coherencia. En efecto, la relación existente entre los dos tipos de control no es muy clara y se presta a confusiones. Así, ¿son estos controles independientes el uno del otro?, o por el contrario ¿son conexos y el uno debe seguir al otro? En otras palabras, ¿un recurso de anulación en trámite en la sede del arbitraje impide la ejecución del laudo en otro país? ¿Los efectos de la decisión judicial que anula el laudo se presentan únicamente en el país de la sede arbitral permitiendo así su ejecución en otro país, o por el contrario, éstos tienen una vocación universal impidiendo de esta manera la ejecución del laudo que ha sido anulado en cualquier otro país? Si el laudo no es anulado en la sede del arbitraje, ¿significa ello que el juez del exequátur deberá reconocerlo y ejecutarlo?

Teniendo en cuenta estos interrogantes que surgen del arbitraje comercial internacional y para tratar de evitar que cada Estado unilateralmente anule o decida no acordar el exequátur al laudo que ha sido proferido en otro país, la comunidad internacional ha tratado de aportar soluciones al problema por medio de convenciones.

De esta manera, un primer intento de solución vino con la Convención de Ginebra del 26 de septiembre de 1927 sobre la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras la cual exigía un doble exequátur del laudo internacional. Es decir, el laudo debía ser reconocido e incorporado en el ordenamiento jurídico del país de la sede arbitral para que pudiera ser susceptible de exequátur y ejecución en otro país.

Sin embargo, la solución no era definitiva en la medida que el laudo que había sido reconocido en el país de la sede arbitral podía aún así ser objeto de un recurso de anulación ante la jurisdicción del mismo país, lo cual no aportaba verdaderas soluciones. De la misma manera, un laudo que había sido reconocido en el país de la sede arbitral podía correr con una suerte completamente distinta en el país donde se demandara su ejecución. Así, esta iniciativa que trataba de evitar contradicciones entre dos jurisdicciones judiciales distintas no solucionaba realmente el problema y, por el contrario, volvía más lenta y complicada la ejecución de un laudo internacional anulado o no anulado.

Conscientes de estos problemas, los redactores de la Convención de Nueva York del 10 de junio de 1958 sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras eliminaron el mecanismo del doble exequátur y decidieron someter el reconocimiento y la ejecución del laudo al ejercicio de los jueces de cada país miembro, quienes pueden negar el exequátur, a solicitud de la parte interesada y a condición que ésta aporte la prueba de la existencia de alguna de las causales de anulación enumeradas en el artículo V de la Convención. Una de dichas causales es precisamente el hecho que el laudo haya sido anulado en la sede del arbitraje.

Las preguntas que surgen en lo sucesivo serán relativas a la obligatoriedad de estas causales. Así, ¿se imponen ellas automática e imperativamente al juez del exequátur? O por el contrario ¿son facultativas y su aplicación dependerá de este último? De la respuesta a esta pregunta va a depender la suerte de la ejecución de un laudo que ha sido anulado en la sede arbitral.

De otra parte, en la redacción de la Convención de Nueva York, el sistema de causales de

⁵ Tantos pueden ser los países susceptibles de decidir el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral internacional como bienes a embargar tenga la parte que ha perdido en esos países.

denegación del exequátur del artículo V fue atenuado gracias a un sistema que conduce a la aplicación de la ley más favorable, según los términos del artículo VII. En este orden de ideas, si un país goza de un régimen más favorable que el ofrecido por la Convención de Nueva York, ya sea por vía legislativa o convencional⁶, el juez del exequátur podrá aplicarlo sin tener en cuenta las causales del artículo V.

¿Qué significa todo esto? Creemos que el principio de base contenido en esta última solución es que la Convención de Nueva York de 1958, la cual goza de un gran éxito no sólo por la cantidad de países que la han firmado y ratificado⁷ sino también por haberse convertido efectivamente en el instrumento jurídico internacional por excelencia en materia de arbitraje comercial internacional, trata de facilitar la eficacia del arbitraje comercial internacional y la circulación de laudos internacionales. Para ello, la misma Convención autoriza a los jueces locales su no aplicación en caso tal que el laudo pueda beneficiarse de un régimen más favorable que el ofrecido por ella misma⁸. De esta manera, su aplicación ha hecho evolucionar los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros no sólo a nivel legislativo sino también judicial. En efecto, muchas jurisdicciones en el mundo se muestran hoy menos hostiles a reconocer y ejecutar laudos internacionales. Sin embargo, ellas se muestran aún en desacuerdo sobre el alcance que debería acordársele a la anulación del laudo internacional llevada a cabo en la sede del arbitraje.

En efecto, para no citar sino los casos más típicos de esta divergencia, basta mirar lo que ha pasado y lo que está pasando en las jurisdicciones estadounidense y francesa cuando la parte que ha ganado el laudo, el cual ha sido anulado a su turno por los jueces del país de la sede arbitral, intenta solicitar su reconocimiento y ejecución en cualquiera de esos dos países. En el caso francés, los jueces se han mostrado muy favorables al reconocimiento y a la ejecución de un laudo internacional anulado en el país de la sede arbitral, mientras que la práctica judicial en los Estados Unidos muestra que, a pesar de la existencia de un primer fallo favorable a un tal reconocimiento y ejecución, la tendencia actual es a negar el exequátur a un laudo internacional anulado. De estas decisiones nos ocuparemos en la segunda parte de este artículo.

Sin embargo, si estudiamos más allá la cuestión y tratamos de ver que hay detrás de estas preguntas, nos encontramos con temas como el de la naturaleza misma del arbitraje internacional y en consecuencia del laudo internacional. En efecto, como lo planteó el profesor *Gaillard*, esta discusión se basa en la idea que tenga cada cual del arbitraje internacional desde un punto de vista filosófico⁹. Así, algunos pueden creer que el laudo internacional se incrusta en el orden jurídico interno del Estado que sirvió de sede al arbitraje internacional, mientras que otros piensan que el laudo pertenece al orden jurídico internacional. Finalmente, una tercera corriente, más ambiciosa aún, pregona que el laudo internacional, el cual no pertenece a ninguno de los dos órdenes jurídicos citados, se incrusta en un tercer orden que ha sido

⁶ Por "vía convencional" queremos hacer referencia a los Tratados internacionales concluidos por cada país y que puedan ser aplicados en la materia estudiada.

⁷ Actualmente la Convención de Nueva York de 1958 cuenta con 142 Estados miembros según las fuentes de la CNUDMI, lo que la hace una Convención a vocación internacional. Ver la página Internet : http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html

⁸ Sobre los propósitos de la Convención de Nueva York de 1958 ver : PAULSSON J., "Rediscovering de N.Y. Convention: Further Reflections on Chromalloy", en *MEALEY'S International Arbitration Report*, Vol.12, N° 4, April 1997, p. 20. SAMPLINER G.H., "Enforcement Foreign Arbitration Awards After Annulment In Their Country Of Origin", en *International Arbitration Report*, Vol. 11, N° 9, September 1996, p. 3.

⁹ GAILLARD E., « Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international », en *Recueil de Cours de l'Académie de Droit International -RCADI-*, V 329, 2007, p. 49 – 216.

llamado transnacional o arbitral.

Estas visiones del arbitraje internacional, a pesar de su carácter teórico y filosófico, tienen un fuerte impacto práctico. Así, el discurso se traslada entonces de la visión del arbitraje internacional a la importancia dada a la sede arbitral. En este orden de ideas, sin el ánimo de profundizar sobre los aspectos filosóficos en sí mismos, sino de estudiar más bien sus consecuencias, creemos que del estudio de la importancia de la sede arbitral dependerá la suerte del reconocimiento y de la ejecución del laudo que ha sido anulado en dicha sede (I). La determinación de la importancia a la sede en cuestión nos permitirá plantear más que una visión del arbitraje, una metodología que nos ayudará a tratar el espinoso tema del reconocimiento y la ejecución de laudos anulados en la sede del arbitraje (II).

I. LA IMPORTANCIA DE LA SEDE ARBITRAL EN CUANTO AL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE UN LAUDO ANULADO

La sede arbitral tendrá una incidencia más o menos determinante en el reconocimiento y la ejecución del laudo internacional anulado, según la importancia que le sea acordada a aquella por el juez del exequátur. Para ello, el juez del exequátur puede considerar que el laudo se encuentra incrustado en el orden jurídico del país de la sede arbitral, en cuyo caso ésta última y todo lo que jurídicamente ocurra en ella con relación al arbitraje será internacionalmente relevante, lo que lo conducirá seguramente a negar el exequátur al laudo que ha sido anulado en la sede arbitral (A). Sin embargo, el juez puede considerar que el laudo no se incorpora al orden jurídico del país de la sede arbitral y que por el contrario éste no pertenece a ningún orden jurídico en particular, lo que le permitirá acordar el exequátur al laudo que ha sido anulado en la sede arbitral (B).

A. LA SEDE ARBITRAL INCORPORA EL LAUDO INTERNACIONAL AL ORDEN JURÍDICO INTERNO DEL PAÍS DE LA SEDE ARBITRAL

La idea según la cual el laudo internacional se encuentra incrustado en el orden jurídico interno del país de la sede arbitral es el eje de la teoría territorialista del arbitraje comercial internacional. Esta tesis ha conocido dos grandes momentos. En el primero de ellos, el lazo entre el arbitraje internacional y el país de la sede del arbitraje era no sólo jurídico sino geográfico, lo que suponía, *grosso modo*, que el arbitraje internacional era un proceso más en el orden jurídico interno. Las críticas a esta teoría no se hicieron esperar y por estas razones sus defensores hablan hoy día de una territorialidad ficticia o jurídica (1). A pesar de su reformulación, la incorporación del laudo internacional al orden jurídico de la sede presenta hoy en día algunos inconvenientes (2).

1. De una incorporación geográfica a una incorporación jurídica del laudo internacional en el país de la sede arbitral

Según esta tesis, el lugar o sede del arbitraje juega un rol absolutamente importante para el desarrollo del arbitraje. En efecto, la idea subyacente es que el arbitraje encuentra en su sede el lazo que lo une a un ordenamiento jurídico interno, el cual le permitirá ser válido y al mismo

tiempo efectivo¹⁰. De hecho, para los defensores de esta teoría, la autonomía de la voluntad puede encontrarse en el origen del arbitraje internacional, siempre y cuando ésta se encuentre encuadrada en un orden jurídico que le confiera existencia, validez y eficacia, ya que en sí misma no podría nunca dar lugar a un arbitraje y a un laudo obligatorio entre las partes¹¹. En este orden de ideas, escogiendo directa o indirectamente un lugar para el arbitraje, las partes deciden que éste será el marco jurídico que dará validez y eficacia tanto al trámite arbitral como al laudo. La autonomía de la voluntad, así entendida, no serviría sino para acordar una cláusula arbitral internacional y enseguida para determinar el orden jurídico que regirá este arbitraje¹².

La incorporación del arbitraje internacional y, en consecuencia, del laudo al país de la sede del arbitraje es el fundamento de la teoría territorialista del arbitraje internacional o, mejor, extranjero. Esta teoría ha conocido dos grandes etapas.

Inicialmente se pensó que la sede del arbitraje implicaba no sólo un lazo entre el arbitraje y el orden jurídico del país de la sede arbitral, sino también un lazo físico, el cual implicaba que las audiencias arbitrales y todo el trámite arbitral se llevarían a cabo en el país mismo de la sede. Las críticas a esta visión territorialista extrema del arbitraje internacional llegaron pronto, lo que obligó sus defensores a reformularla bajo una visión más realista, conocida como el *territorialismo jurídico o ficticio*¹³.

El rol de la sede arbitral en la teoría territorialista es entonces doble. De una parte, la sede determina la ley aplicable al arbitraje y su campo de acción, de otra, ella establece la jurisdicción de los tribunales judiciales que conocerán tanto de incidentes relativos al arbitraje como de recursos de anulación o cualquier otro que ataque al laudo internacional.

La sede arbitral otorga entonces el marco jurídico al arbitraje internacional, del cual este último se beneficia a fin de ser eficaz. En efecto, según los territorialistas, el arbitraje tiene como objetivo principal la eficacia, la cual será alcanzada únicamente si el arbitraje internacional se inscribe en el seno del orden jurídico del país de la sede arbitral. Esta podría ser la razón por la

¹⁰ POUDRET J.-F., BESSON S., *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p.269; RIGAUX F., « Souveraineté des Etats et arbitrage transnational », en *Le Droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, Paris, 1982, p. 261 – 27.

¹¹ Estableciendo una comparación entre la autonomía de la voluntad en materia contractual y arbitral, algunos autores defendiendo una teoría territorialista del arbitraje han sostenido que aquella no puede por sí misma crear obligaciones jurídicamente vinculantes entre las partes, sino dentro del cuadro de un orden jurídico del cual ella adquiera su existencia, validez y eficacia. Al respecto ver los trabajos de: MANN F.A., "Lex Facit Arbitratum", en *International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke*, 1967, p. 157, 160. GOODE R., « The role of the lex loci Arbitri in international commercial arbitration », en *International Arbitration*, 2001, p. 29. BECHET S., « Le lieu de l'arbitrage », en *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, Bruylant, Bruxelles, Avril 2007, p. 38.

¹² "Sans entrer dans une controverse philosophique, nous estimons que la volonté des parties repose nécessairement sur un ordre juridique 'de base' dans lequel elle puise sa validité. La loi d'arbitrage constitue le fondement (*Grundnorm*) de l'efficacité de la convention d'arbitrage" POUDRET J.-F., BESSON S., *ob. cit.* p. 83.

¹³ "La grande majorité des ordres juridiques admettent aujourd'hui que le siège est un rattachement juridique qui n'implique aucun lien physique avec les opérations de l'arbitrage. Ainsi, le siège tend à devenir une fiction, ce qui a récemment fait dire à Gabrielle Kaufmann-Kohler que le choix du siège n'est en définitive rien d'autre que le choix du droit applicable à l'arbitrage (*lex arbitri*)", BESSON S., PITTET L., "La reconnaissance à l'étranger d'une sentence arbitrale annulée dans son Etat d'origine. Réflexions à la suite de l'affaire Hilmarton", en *Bulletin de l'Association Suisse de l'Arbitrage*, Vol. 16, 1998, p. 498-527; BECHET S., *ob. cit.*, p. 79-80.

cual los Estados, en buena parte, han seguido la tradición territorialista de la sede arbitral.¹⁴

El orden jurídico del país de la sede arbitral es considerado entonces como la ley del arbitraje¹⁵ o la *lex arbitrii*¹⁶. Esta ley del arbitraje ofrecida por la sede arbitral adquiere una importancia desmesurada ya que a pesar del reconocimiento de que ésta no regula todos los aspectos del arbitraje¹⁷, ella puede entrar en conflicto con otras leyes designadas de común acuerdo por las partes e imponerse a título de ley imperativa. Así, la *lex arbitrii* puede prevalecer sobre la ley escogida por las partes para gobernar el trámite arbitral, el contrato, el fondo del litigio y su arbitrabilidad, la cláusula arbitral o cualquier otra designación convencional. Esto explicaría, a decir de los defensores de esta teoría, por qué las partes no pueden escoger directamente la *lex arbitrii*, sino indirectamente a través de la escogencia de la sede arbitral¹⁸.

Este sistema territorialista parece tener algunas ventajas. Así, la parte que desee recusar un árbitro, que se declare la nulidad de la cláusula compromisoria o cualquier otra circunstancia que dejara sin fundamento la existencia del tribunal arbitral, puede acudir a los jueces nacionales de la sede arbitral para tales fines. Igualmente la asistencia judicial que pueden prestar los tribunales judiciales a los tribunales de arbitraje en materias donde sólo aquellos pueden actuar, o sus actuaciones resultan más simples y coercitivas, como la práctica de algunas pruebas y de medidas cautelares, es importante. Del mismo modo, los territorialistas consideran que el acceso a un recurso efectivo para atacar el laudo internacional es otra de las ventajas que ofrece la sede del arbitraje¹⁹.

El recurso de anulación se muestra entonces importante no sólo porque permite que los jueces nacionales verifiquen la existencia de un *standard* jurídico mínimo en el laudo, sino porque además evita soluciones contradictorias en los diferentes países que serán llamados a ejecutar el laudo internacional²⁰. En este mismo sentido, el recurso de anulación en la sede del arbitraje evitaría un *exequátur shopping*, al decir de los territorialistas. Dicho en otras palabras, la persona que desee ejecutar el laudo no podría ir de país en país buscando una jurisdicción que le sea favorable a sus propósitos.

Los territorialistas encuentran en la Convención de Nueva York el fundamento de su teoría. En efecto, el sólo título de la Convención: "reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales *extranjer*as" sugeriría la necesidad de una nacionalidad para los laudos, la cual sólo puede ser

¹⁴ "Dès lors, c'est l'effectivité de la sentence qui aura incité les Etats à adopter la théorie du siège car les parties à un arbitrage international cherchent avant tout une sentence efficace et exécutable internationalement" BECHET S., *ob. cit.*, p. 55.

¹⁵ "La loi d'arbitrage comprend l'ensemble des normes régissant l'institution d'arbitrage dans un pays donné, en particulier la validité formelle de la convention d'arbitrage, l'arbitrabilité du litige, la composition du tribunal arbitral, les garanties fondamentales de procédure, l'assistance du juge étatique et le contrôle sur la régularité de la sentence", POUDRET J.-F., BESSON S., *ob. cit.*, p. 83.

¹⁶ "La loi d'arbitrage es fréquemment désignée par l'expression latine *lex arbitrii*. Certains auteurs ont également utilisé l'expression *lege fori* qui nous paraît trompeuse dans la mesure où l'arbitre n'a pas à proprement parler de for. Les auteurs anglais utilisent parfois les termes de *procedural law* ou *curial law* qu'ils tiennent pour synonyme de la loi d'arbitrage", POUDRET J.-F., BESSON S., *ob. cit.*, p. 85.

¹⁷ POUDRET J.-F., BESSON S., *ob. cit.*, p. 84.

¹⁸ POUDRET J.-F., BESSON S., *ob. cit.*, p. 85. BECHET S., *ob. cit.*, p. 50.

¹⁹ BECHET S., *ob. cit.*, p. 67.

²⁰ "... cette annulation a précisément des effets dans la plupart des pays signataires de la Convention de New York, évitant par là des solutions contradictoires d'un pays de l'exécution à l'autre". POUDRET J.-F., *Quelle solution pour en finir avec l'affaire Hilmarton? Réponse à Philippe Fouchard*, en *Revue de l'arbitrage*, 1998, N° 1, p. 12.

acordada por el país de la sede arbitral. Esto quiere decir que no habrían ni arbitrajes ni laudos internacionales, sino arbitrajes y laudos colombianos, franceses, japoneses, etc. En otras palabras, el orden jurídico de la sede arbitral confiere al laudo una nacionalidad, elemento esencial, según los defensores del territorialismo, a la luz de la Convención de Nueva York de 1958 para que éste pueda ser reconocido y ejecutado en otro país²¹.

Por otra parte, el artículo V 1(e) de la Convención de Nueva York confirmaría esta afirmación al enunciar que el juez podrá negar el exequátur si el laudo no es aún vinculante entre las partes o si el laudo ha sido suspendido o anulado por una autoridad competente “*en el país donde el laudo fue proferido*”. Esto significaría que el laudo internacional que es anulado en el país de la sede arbitral deja de existir no sólo en este país sino en cualquier otro. Dicho de otra manera, el alcance de la decisión judicial que anula el laudo tendría efectos internacionales.

Hasta aquí hacemos la presentación de la teoría territorialista del arbitraje internacional. No obstante, la incorporación del arbitraje y del laudo internacional al país de la sede arbitral a pesar de proporcionar cierta seguridad jurídica presenta unos inconvenientes jurídicos graves que desfiguran el concepto mismo de arbitraje internacional.

2. Los inconvenientes de la incorporación del laudo internacional en el orden jurídico interno del país de la sede arbitral

En este estadio no queremos refutar los postulados de la teoría territorialista, ya que de eso nos ocuparemos al exponer la teoría de la deslocalización del arbitraje. Por el momento nos contentaremos con evidenciar dos grandes inconvenientes jurídicos de la aplicación de esta teoría. El primero de ellos tiende a demostrar como la antigua teoría territorialista de la incorporación física del arbitraje y del laudo en el país de la sede arbitral desafortunadamente ha dejado huella y algunos tribunales judiciales la aplican hoy en día, tal como ocurrió en el caso *Titan Corporation vs. Alcatel CIT S.A.*²² El segundo problema trata de demostrar cómo la aplicación de la teoría territorialista desnaturaliza el arbitraje internacional al equiparlo exactamente a las jurisdicciones judiciales nacionales, como ocurrió en el caso *Fomento de Construcciones y Contratos S.A. vs. Colon Container Terminal S.A.*²³.

En el caso *Titan Corporation vs. Alcatel CIT S.A.*, las partes *Titan Corporation* y *Titan Africa, Inc* al haber perdido el caso intentaron ejercer el recurso de anulación contra dicho laudo ante los tribunales suecos pero éstos se declararon sin jurisdicción para decidir tal recurso.

Para comprender mejor la decisión es importante tener claridad sobre algunos elementos del arbitraje. El panorama era el siguiente: la sede arbitral era Suecia, el arbitraje debía desarrollarse según las reglas de la CCI, el litigio concernía un contrato para librar equipos e implementar un sistema de telecomunicaciones en Benin, el árbitro único era inglés, las partes eran de nacionalidad estadounidense (*Titan*) y francesa (*Alcatel*) y las audiencias y demás trámites arbitrales se llevaron a cabo en las ciudades de Londres y de París. Sobre decir además, que Suecia firmó y ratificó la Convención de Nueva York, la cual entró en vigor desde el 27 de abril de 1972.

²¹ BECHET S., *ob. cit.*, p. 54

²² SVEA Court of Appeal in Sweden, 2005, case N° T 1038-05. La decisión se encuentra disponible en : http://www.sccinstitute.com/upload/shared_files/artikelakiv/titan_case_siar_2005_2.pdf

²³ Decisión del 14 de mayo de 2001 de la Corte Suprema Federal Suiza., *Fomento de Construcciones y Contratos SA vs. Colon Container Terminal S.A.*, ATF 127 III (2001).

En razón de estos elementos, la *Svea Court* se interrogó primero que todo sobre su competencia para decidir el recurso de anulación. Para ello, la *Svea Court* analizó las normas pertinentes del *Swedish Arbitration Act*. La sección 46 de dicho acto prevé su campo de aplicación al indicar que las normas contenidas en él aplican a los arbitrajes cuya sede arbitral sea Suecia, inclusive si el litigio es internacional. Enseguida, según las secciones 52 parágrafo 2 y 43 parágrafo 2 del acto, la sede del arbitraje determina tanto la “nacionalidad” del laudo como la jurisdicción competente para conocer algún recurso contra el laudo, respectivamente. Siguiendo esta lógica, si el laudo ha sido proferido en el extranjero, los jueces suecos no pueden conocer de un recurso de anulación y en consecuencia deben denegar las pretensiones del demandante. Hasta aquí no hay nada diferente entre el contenido de estas normas y lo estudiado hasta el momento.

La *Svea Court* continuó con su análisis enfocándose en la sede arbitral. Así, la sección 22 parágrafos 1 y 2 del Acto de Arbitraje enuncian que las partes escogerán de común acuerdo la sede del arbitraje y en su defecto los árbitros lo harán. Igualmente, las normas autorizan al tribunal arbitral a tener audiencias y otras actividades fuera de la sede arbitral. Sin embargo, la *Svea Court* pareció no estar muy convencida por estas normas y sostuvo que: “*The connection of the arbitration to the place can be of a more or less tangible nature. There must, however, be some connection to the place of the arbitral proceedings*” (el subrayado es nuestro). Con estas frases, la Corte sueca dió un giro en la exposición jurídica que estaba haciendo e interpretando las citadas normas, de una manera muy particular, comenzó a perfilar su respuesta fundamentalmente territorialista.

En efecto, llegado a este punto el tribunal se preguntó si no habría nada más que estudiar en este caso o, si la simple afirmación hecha por el árbitro en el laudo refiriéndose a *Stockholm* como la sede arbitral le confería competencia para conocer del recurso de anulación, a pesar que ninguna de las audiencias se había llevado a cabo efectivamente en esta ciudad. Es precisamente en este momento donde la *Svea Court* haciendo uso de una especie de *forum non conveniens*²⁴ decidió que el caso no presentaba ningún tipo de conexión real con Suecia y en consecuencia no podía declararse competente. Siguiendo esta doctrina, dice la Corte que su decisión no constituye una denegación al derecho a la justicia o *denial of a legal remedy* porque teniendo en cuenta que el caso tiene más vínculos con Francia en razón del uso de las normas CCI y que *Alcatel* es una compañía francesa, *Titan Corporation* puede en cualquier caso acudir a los jueces franceses.

Esta decisión es desde todo punto de vista criticable. En efecto, territorialista o no, lo cierto es que la Convención de Nueva York designa expresa y únicamente las jurisdicciones del país de la sede arbitral como competentes para conocer de un recurso de anulación, independientemente del hecho que las audiencias se llevan a cabo en dicha sede. La *Svea Court* con su decisión creó arbitrariamente un nuevo *chef de compétence* que se acerca más a la teoría del *forum non conveniens*. Este fallo muestra como a pesar de los esfuerzos legislativos hechos por algunos Estados, en este caso Suecia, para desprenderse de un territorialismo puro y pasar a un territorialismo menos riguroso como el jurídico o ficticio, la

²⁴ “Le *forum non conveniens* permet à une juridiction compétente pour se prononcer sur un litige de renoncer à cette compétence en raison de l’absence d’intérêt substantiel à une action devant son for ou du fait que son for n’est pas le plus approprié pour trancher le litige” FRANC-MENGET L., *Le contrôle judiciaire des sentences arbitrales internationales en droit américain et français*, Thèse doctorale, Paris II, 2002, p. 322 – 323.

práctica judicial sigue siendo expresión de un territorialismo geográfico o físico²⁵. En efecto, es como si la Corte no hubiera tenido en cuenta ni las normas del *Swedish Arbitration Act* ni las de la Convención de Nueva York. La Corte simplemente confundió las expresiones “sede arbitral” y “lugar donde se llevan a cabo las audiencias”. De esta manera, la *Svea Court* cometió una verdadera denegación de justicia al privar a *Titan Corporation* de ejercer el recurso de anulación ante los tribunales suecos al que tenía derecho según el derecho sueco y las convenciones internacionales, ya que ni los jueces franceses ni los ingleses tienen competencia para resolver el recurso de anulación de un arbitraje cuya sede era Estocolmo.

Para la *Svea Court*, el hecho que las audiencias arbitrales hayan tenido lugar en Londres y París y no en el lugar de la sede arbitral, *Stockholm*, fue el más relevante para negar su competencia de conocer el recurso de anulación del laudo, más no el único. En efecto, según la *Svea Court* en el presente caso no había suficiente conexión entre los diferentes actos y procedimientos arbitrales con Suecia. Esto nos lleva a afirmar, tal como lo hizo *Shaughnessy*,²⁶ que la decisión de la *Svea Court* va en contra de uno de los principios más reconocidos universalmente en el arbitraje comercial internacional, a saber, la libertad de las partes para escoger la sede del arbitraje. En pocas palabras, esta decisión parece estar en contra no sólo de la Convención de Nueva York sino también de la Ley Modelo y todos los instrumentos universalmente reconocidos en el mundo del arbitraje internacional. Ciertamente, la simple Convención de Nueva York habla de sede arbitral pero nunca establece un criterio de lazos suficientes entre dicha sede y las audiencias y otros trámites arbitrales.

Por otra parte, en el caso *Fomento*, la Corte Suprema Federal Suiza expone otra de las grandes aberraciones de la teoría territorialista al judicializar el arbitraje comercial internacional. En efecto, la Corte Suiza otorga el mismo régimen de los jueces locales a los árbitros internacionales.

Por un contrato de construcción celebrado entre la sociedad española *Fomento* y *Colon*, una entidad pública panameña, aquella se comprometió a construir un puerto en Panamá. En dicho contrato una cláusula de arbitraje estaba prevista para resolver los litigios contractuales entre las partes. A raíz de algunas dificultades contractuales *Fomento* inició un procedimiento contra *Colon* ante las jurisdicciones judiciales de Panamá. *Colon* interpuso entonces la excepción de falta de competencia de las jurisdicciones locales en razón de la existencia de una cláusula compromisoria pero la primera instancia decidió que la excepción fue interpuesta demasiado tarde y en consecuencia el proceso debía continuar.

Después de apelar esta decisión y ante la espera de una decisión definitiva, *Colon* decidió convocar el tribunal arbitral el cual tenía por sede Ginebra. Las reglas aplicables al procedimiento ante el tribunal arbitral eran las contenidas en el Reglamento de arbitraje de la CCI y accesoriamente las contenidas en el Código Federal de Procedimiento Civil Suizo. *Fomento* rechazó la competencia del tribunal arbitral ya que, según él, *Colon* había renunciado a recurrir a todo procedimiento arbitral al no haber atacado la competencia de las jurisdicciones panameñas a tiempo. Entre tanto, la Corte de apelación en Panamá revocó la decisión de la primera instancia y consideró que *Colon* había interpuesto la excepción de incompetencia a

²⁵ “... the Svea Court of Appeal in Sweden has recently against this legal fiction, deciding in *Titan Corporation vs. Alcatel CIT S.A.* that it had no jurisdiction to consider a challenge against an arbitral award, notwithstanding the fact that the place of arbitration was Stockholm”. JARVIN S., DORGAN C., en *MEALY'S International Arbitration Reports*, Vol. 20, N° 7, July 2005, p. 43.

²⁶ SHAUGHNESSY P., “The Right of the Parties to Determine the Place of an International Commercial Arbitration”, en *Stockholm International Arbitration Review*, 2005, N° 2, p. 264.

tiempo. Esta decisión que sirvió de base para la declaratoria de competencia del tribunal arbitral fue, a su vez, atacada por *Fomento*. Finalmente, la Corte Suprema de Panamá revocó la decisión de la Corte de Apelación y decidió que el proceso local podía continuar. Además de estas actuaciones, *Fomento* decidió impugnar la declaratoria de competencia del tribunal arbitral ante las jurisdicciones suizas, específicamente la Corte Suprema Federal Suiza. Una de las principales razones invocadas por *Fomento* ante la jurisdicción suiza fue la litispendencia, ya que el caso se estaba decidiendo ante las jurisdicciones judiciales panameñas, lo que impedía que otro tribunal, así fuera arbitral, se pronunciara sobre el mismo caso.

La decisión de la máxima autoridad judicial suiza fue, por decir lo menos, sorprendente. En efecto, afirmando que las decisiones contradictorias entre varias jurisdicciones sobre casos similares son contrarias al orden público, el tribunal suizo consideró que los jueces deben tratar de evitar este tipo de situaciones. Para ello, uno de los mecanismos es el de la litispendencia. Así, el artículo 9 del Código de Procedimiento Civil Suizo el cual enuncia la litispendencia entre los tribunales suizos y los tribunales judiciales de otros países debe aplicarse por analogía a los tribunales arbitrales cuya sede sea Suiza.

Quiere ello decir que aplicando la teoría territorialista del arbitraje comercial internacional, la máxima jurisdicción suiza equiparó los jueces locales a los árbitros internacionales. Este razonamiento no sirve sino para demostrar cómo el sistema territorialista deforma el arbitraje internacional. En efecto, un tribunal arbitral internacional cuya sede sea Suiza debe someterse no sólo a las leyes suizas del arbitraje, sino también a todas las otras leyes suizas relacionadas o no con el arbitraje. A esto sirve el famoso marco u orden jurídico que proporciona la sede arbitral al arbitraje, a judicializar una institución que ha sido concebida para ser autónoma del aparato judicial interno. Así, por esta vía, los árbitros internacionales se hacen aplicar normas destinadas a los jueces locales. ¿No es esto diferente a todo lo que se nos ha enseñado sobre el arbitraje comercial internacional?

En efecto si las partes acuden al arbitraje es porque quieren, por el motivo que sea, sustraerse a las jurisdicciones judiciales nacionales. Pero aplicando la teoría territorialista y localizando el arbitraje internacional y el laudo en un país determinado por medio de la sede arbitral, lo único que se logra es el resultado contrario. ¿Para que entonces seguir hablando de arbitraje internacional? ¿No sería entonces mejor reducir el arbitraje a un proceso más figurando dentro de los códigos de procedimiento civil y sometido al imperio de cada Estado?

Por estas razones, y otras que veremos a continuación, las críticas de los opositores del territorialismo no se hicieron esperar. La respuesta a los abusos del territorialismo consiste en deslocalizar el arbitraje internacional y, en consecuencia, el laudo internacional de la sede arbitral. No obstante, esta teoría deberá ser analizada en detalle ya que podría carecer de algunos fundamentos.

B. LA DESLOCALIZACIÓN DEL LAUDO INTERNACIONAL DE LA SEDE ARBITRAL

Teniendo en cuenta las falencias y los problemas generados por la aplicación de la teoría territorialista, una manera diferente de interpretar la Convención de Nueva York ha sido propuesta por algunos autores²⁷. La idea de base consiste en deslocalizar el arbitraje internacional y, por esta misma vía, el laudo internacional de la esfera local o interna del país de la sede arbitral, de manera tal que la influencia judicial interna sea menos importante. Para explorar esta tesis, proponemos en un primer momento dar un vistazo al nacimiento de la teoría y a los diferentes factores que la han nutrido (1). En un segundo plano, si aceptamos la idea que el laudo internacional no se incorpora en el orden jurídico del país de la sede arbitral, es natural que nos interroguemos sobre la cuestión del orden jurídico al cual se incorpora el laudo o, al menos, por el orden que lo rige (2).

1. El nacimiento de las teorías tendientes a deslocalizar el laudo internacional de la sede arbitral

Para la teoría que pretende deslocalizar el laudo internacional del país de la sede arbitral, esta última releva una importancia meramente marginal. De una manera un poco extremista, el eje central de esta teoría es que el arbitraje y el laudo internacional encuentran su fuerza obligatoria única y exclusivamente en la autonomía de la voluntad de las partes. Ello conduce a la pérdida de importancia de la ley de la sede arbitral, lo que supone que varias leyes o derechos pueden tener vocación a aplicarse en el arbitraje internacional.

BECHET, presenta cuatro formas de deslocalización²⁸. La primera de ellas es la deslocalización radical la cual somete el arbitraje internacional completamente a la voluntad de las partes. Enseguida, una forma un poco más moderada consiste a deslocalizar el arbitraje del orden jurídico de la sede arbitral para someterlo a la *lex mercatoria*. Una tercera manera de deslocalizar el laudo, sería sometiéndolo al derecho internacional público como ha ocurrido con el arbitraje Estado-inversionista bajo los auspicios del CIADI. Finalmente, la manera más moderada de deslocalización se presentaría con la renuncia al recurso de anulación, dejando el control del laudo internacional exclusivamente en manos del juez del exequátur.

Para sostener la deslocalización del laudo arbitral del orden jurídico del país de la sede arbitral, los defensores de esta teoría han visto en dicha sede el fruto de una escogencia puramente casual, o inclusive, como una forma de concesión hecha por la parte interesada en pactar una cláusula compromisoria a la otra parte²⁹. En otras palabras, la escogencia de una plaza o sede para el arbitraje internacional no significa mucho para las partes y sólo su voluntad puede ser determinante al momento de escoger el marco jurídico que gobernará el arbitraje. Prueba de ello es que en la mayoría de casos, un número considerable de audiencias y demás operaciones arbitrales no se desarrollan en la sede del arbitraje sino en otros lugares. Las legislaciones de Francia, Suecia, Alemania, Suiza y Bélgica, etc., así lo permiten³⁰. La misma

²⁷ Ver la bibliografía citada en Julian D.M. Lew QC, « Achieving the Dream: Autonomous Arbitration », en *Arbitration International*, Vol. 22, N° 2, 2006, p. 179 – 203.

²⁸ BECHET S., *ob. cit.*, p. 51.

²⁹ JARROSSON Ch., « Cour de Cassation, 1^{ère} Chambre civile, 23 mars 1994, Société Hilmarton c/ Société OTV », en *Revue de l'Arbitrage*, 1994, N° 2, p. 331-332.

³⁰ POUDRET J.-F., BESSON S., *ob. cit.*, p. 103.

situación puede ser observada en los reglamentos de arbitraje de la CCI (artículo 14, párrafo 2), de la CEPANI (artículo 17) y la Ley Modelo CNUDMI (artículo 20, párrafo 2), los cuales permiten llevar a cabo audiencias en sitios distintos al de la sede arbitral.

Por otra parte, si el arbitraje internacional ha sido pensado, entre otros motivos, para evitar las entrabas judiciales, someterlo a un doble control judicial en el país que ha servido de sede al arbitraje y luego en otro donde el laudo pretenderá ser ejecutado no es muy coherente. Sin embargo ese es el sistema de la Convención de Nueva York de 1958, el cual, por fortuna, contiene unas causales precisas para la anulación del laudo internacional. Sin embargo, los problemas se presentan porque dichas causales no siempre son respetadas por algunos Estados que continúan a aplicar otras causales de orden local o nacional, sin ninguna pertinencia internacional y que conducen a la negación del exequátur del laudo. En razón a lo anterior, los defensores de la teoría de la deslocalización, conscientes del control ejercido por los jueces locales por medio del recurso de anulación, han sugerido no darle un alcance internacional a la decisión judicial que anula el laudo internacional³¹.

Para lograr tales propósitos, los autores que sostienen esta teoría han visto en la misma Convención de Nueva York que confiere un alcance internacional a las decisiones judiciales que anulan laudos internacionales, un límite en el artículo VII. En efecto, esta disposición permite al juez del exequátur la aplicación de un derecho más favorable. En este sentido, si el juez del exequátur encuentra que su orden jurídico es más favorable que el de la Convención, permitiéndole inclusive reconocer y ejecutar un laudo que ha sido anulado en la sede arbitral, él podrá hacerlo.

Esta ha sido la solución adoptada por los jueces franceses en varias ocasiones desde el caso *Société Pabalk Ticarte vs. Norsolor* pasando por *Polish Ocean Line, Société Himaltorn vs. Société OTV*, hasta llegar a las decisiones de la Corte de Apelación de París en 2005 y de la Corte de Casación, primera sala civil en 2007 en el caso *Putrabali Adyamulia vs. Société Rena Holding*. En este mismo sentido, el tribunal del Distrito de Columbia en los Estados Unidos decidió reconocer y ejecutar un laudo internacional que había sido anulado en Egipto en el caso *Chromalloy Aeroservices vs. República Árabe de Egipto*. Otras jurisdicciones en el mundo han llegado a conclusiones similares³².

Por otra parte, la redacción del artículo V de la Convención de Nueva York parece haberse elaborado en términos facultativos y no imperativos. Es decir, que el juez de la ejecución puede negar o no el exequátur al laudo si una de las causales incluidas en el citado artículo es probada por la parte interesada. Para llegar a tal afirmación, los autores se han basado en la versión en idioma inglés de la Convención que en su artículo V emplea el verbo “may” y no “shall”³³. La versión en idioma español se encuentra en los mismos términos dispositivos y no imperativos al emplear el verbo “poder”. Además, comparada esta redacción con la de otros artículos de la misma Convención, como la de los artículos III y VII que emplean el verbo “shall” en lugar del verbo “may”, pareciera que no fuera una simple casualidad y que por el contrario los redactores de la Convención se hubieran esforzado por incorporar un sistema mixto compuesto de una norma general (artículo V) que puede dejar de ser aplicada en virtud de una

³¹ FOUCHARD Ph., « La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine », en *Revue de l'arbitrage*, 1997, N° 3.

³² FOUCHARD Ph., *ob. cit.*, p. 334-337.

³³ PAULSSON J., “May or Must Under the New York Convention: an exercise in Syntax and Linguistics”, en *Arbitration International*, 1998, N°2.

norma especial (artículo VII)³⁴. Este sistema buscaría entonces varios caminos para facilitar la ejecución de los laudos internacionales, inclusive si ellos han sido anulados en el lugar de la sede arbitral.

A todo lo dicho anteriormente, otros factores vienen a sumarse a la lista de razones que permitirían hablar de la pérdida de importancia de la sede arbitral. En efecto, el arbitraje *on line*³⁵ pareciera haber vuelto inútil la noción de sede arbitral, ya que las audiencias y demás actos arbitrales se llevan a cabo en internet. La pregunta consistiría en saber cuál es entonces la sede en este tipo de arbitraje. Inclusive es legítimo preguntarse si vale la pena, al menos en este caso, continuar hablando de sede. Los territorialistas han sugerido que las partes, de común acuerdo, podrán escoger una sede arbitral³⁶. No obstante, esta solución sólo muestra como la escogencia de la sede arbitral es meramente ficticia y debería ser carente de importancia.

Por otra parte, si miramos un poco hacia el arbitraje Estado-Inversionista, nos damos cuenta que en este tipo de arbitraje la sede arbitral no tiene ninguna importancia. En efecto, en el arbitraje bajo los auspicios del CIADI la gran preocupación es la escogencia del derecho aplicable al fondo del litigio, en cuyo caso el artículo 42 da la prioridad al derecho escogido por las partes, el cual podrá ser el derecho de un Estado, especialmente el de aquél que recibe la inversión, el derecho internacional o cualquier otra designación que de común acuerdo hagan las partes. Ninguna alusión al país de la sede arbitral es hecha. La sede arbitral pierde importancia en este tipo de arbitraje porque además el CIADI organiza él mismo el control de anulación de los laudos internacionales, impidiendo de esta manera que los jueces nacionales intervengan en este estadio.

Otra razón de más para reducir la importancia de la sede arbitral es la facultad de renunciar a ejercer el recurso de anulación, que algunas legislaciones, como la suiza (artículo 192 Ley federal suiza para el derecho internacional privado del 18 de diciembre de 1987), ofrecen a las partes. Este derecho a renunciar al recurso de anulación, según el derecho suizo, está condicionado a que ninguna de las partes tenga su domicilio, residencia o establecimiento en Suiza. Al parecer la ley belga contiene una disposición similar³⁷. Así, si de una parte, el principal punto de interés de la sede arbitral es conferir jurisdicción a los jueces locales para que se pronuncien de un recurso de anulación y, de otra parte, las partes pueden libremente renunciar a este derecho, el lugar de la sede no revestiría entonces mayor importancia. No obstante es necesario remarcar que esta opción por más interesante que parezca no constituye la regla general.

Por otra parte, cabe preguntarse por qué los redactores del Reglamento de Bruselas del 22 de diciembre de 2000 que regula la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil entre los países de la Comunidad Europea excluyeron expresamente el arbitraje en el primer artículo. A pesar que en los trabajos preparatorios para la redacción de la Convención no se discutió mucho el tema³⁸, nos

³⁴ SAMPLINER G.H., *ob. cit.*, p. 22.

³⁵ ARSIC J., "International Commercial Arbitration on the Internet: has the future come too early?", *en Journal International Arbitration*, September 1997.

³⁶ KAUFMANN-KOHLER, « Le lieu de l'arbitrage à l'aune de la mondialisation. Réflexions à propos de deux formes récentes d'arbitrage », *en Revue de l'Arbitrage*, N°3, 1998.

³⁷ WEBSTER Th., "Evolving Principles in Enforcing Awards Subject to Annulment Proceedings", *en Journal of International Arbitration*, 2006, p. 224.

³⁸ AMBROSE Cl., "Arbitration and the Free Movement of Judgments", *en Arbitration International*, Vol. 19, N° 1, 2003, p. 6.

conformamos con decir que, de una parte, la existencia de la Convención de Nueva York pudo haber sido considerada suficiente como para no legislar más en la materia y, de otra parte, el fracaso de la Convención de Ginebra de 1966 sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales hubiera calmado los ánimos en Europa para continuar tratando el tema³⁹. Tal vez esta es la mejor solución para evitar judicializar más el arbitraje internacional, inclusive si algunos importantes autores consideran lo contrario⁴⁰.

Esta teoría de la deslocalización es tan importante como la primera sobre el territorialismo, pero, al igual que esta última, aquella presenta varios inconvenientes. El más importante consiste en determinar en que orden jurídico se encuentra incorporado el laudo. Es decir, una vez deslocalizado el laudo de la sede arbitral ¿qué orden jurídico es apto para regirlo?. Podemos igualmente preguntarnos si la cuestión del orden jurídico de base es realmente pertinente o, si por el contrario, se trata de un falso problema creado por la doctrina.

2. ¿Se incorpora el laudo internacional a un orden jurídico?

Si aceptamos la idea según la cual el laudo internacional se encuentra deslocalizado del orden jurídico de la sede arbitral, la cuestión relativa a su inserción en un orden jurídico no deja de ser inquietante. Dos teorías han tratado de responder a esta inquietud. En efecto, podemos considerar que el laudo internacional es gobernado por el orden jurídico transnacional o arbitral el cual está alimentado por la *lex mercatoria* y por otras técnicas de derecho comparado, o que el mismo es gobernado por el orden jurídico internacional. Eventualmente, podemos además preguntarnos si la cuestión de la incorporación es pertinente o no.

La comunidad internacional ha aceptado oficialmente la existencia de al menos dos órdenes jurídicos: el interno y el internacional. Sin embargo, algunos autores⁴¹ vieron en el comportamiento de los comerciantes o “*directives de conduite*” la génesis de un grupo de normas diferentes a las reconocidas oficialmente por dichos órdenes, las cuales eran respetadas y eficaces entre ellos. Este habría sido el nacimiento de una *lex mercatoria* o ley del comercio internacional, que sería, dada las condiciones de su existencia, más apropiada para regir sus compromisos que las leyes o derechos nacionales existentes. En efecto, la desadaptación de las normas internas de los Estados, incluso los más civilizados, era el punto de partida y el fundamento de la aplicación de una *lex mercatoria* más adaptada al comercio internacional. En este sentido, la *lex mercatoria* no sería simplemente un derecho más que resulta aplicable al contrato o a la relación jurídica que une las partes, sino que también sería un orden o sistema jurídico.

Este derecho de costumbres y usos del derecho comercial internacional constituirían verdaderas normas jurídicas desde el punto de vista de su contenido, su alcance y su objetivo, incluso, si desde un punto de vista formal no correspondiera exactamente a una regla de derecho clásica. En cuanto su alcance y obligatoriedad, la *lex mercatoria* es coercitiva para las partes gracias al principio de *pacta sunt servanda*. Sin embargo, algunas materias como la capacidad de los contratantes, por ejemplo, escaparían al alcance de este Derecho. De hecho, sólo las cuestiones que derivan directamente del contrato entrarían en el rango de acción de la *lex*

³⁹ VAN HOUTTE H., “Why not included Arbitration in the Brussels Jurisdiction Regulation?”, en *Arbitration International*, Vol. 21, N°4, 2005, p. 510.

⁴⁰ POUDRET J/F., *ob. cit.*, p. 14 y ss. En este mismo sentido ver el artículo de VAN HOUTTE H., *ob. cit.*

⁴¹ GOLDMAN B., « Frontières du droit et *lex mercatoria* », en *Archives du philosophie du droit*, 1964, p. 177; « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux », en *Journal de droit international*, 1979 y « Nouvelles réflexions sur la *lex mercatoria* », en *Etudes Lalive*, 1993.

mercatoria.

Por otra parte, dicen los partidarios de esta teoría, que estas normas nacidas de la costumbre comercial internacional no requieren ser pronunciadas por una autoridad como clásicamente ocurre con la regla de derecho de un país determinado. En la *lex mercatoria* es el mismo “pueblo”, en este caso la comunidad de comerciantes, la que da nacimiento e imperatividad a estas normas. Negar este principio, según los autores que apoyan esta teoría, sería como negar la existencia de la costumbre internacional en el Derecho Internacional Público, la cual constituye una de las principales maneras de creación de este derecho. En este orden de ideas, no sería lógico negar la calidad de regla jurídica a la *lex mercatoria* así ella no constituya un sistema jurídico propiamente dicho. Este sistema jurídico en formación sería ampliamente utilizado por los árbitros internacionales, quienes gozan de una libertad más generosa para aplicar normas de derecho que los jueces nacionales.

La *lex mercatoria* ha sido muy criticada por su carácter incierto, vago, lacunario, incompleto, inseguro y desorganizado. De la misma manera, resulta muy difícil determinar su contenido y su alcance. Por estas razones, algunos autores han retomado la teoría y la han presentado más como una cuestión de método que como una simple lista de normas⁴². Este método se nutre de una técnica de derecho comparado, según la cual los árbitros van a buscar las soluciones comunes entre los derechos nacionales, donde el término “común” no puede entenderse como sinónimo de “uniforme”.

De esta manera se crea una especie de tercer orden jurídico el cual sería llamado transnacional⁴³ gracias a los actores en juego (personas privadas y públicas, nacionales e internacionales), las relaciones jurídicas creadas entre estos y las normas aplicables, las cuales pueden derivar de uno o varios órdenes jurídicos internos, del derecho internacional o de una *lex mercatoria* reformulada y presentada más como un método que como una lista de principios. Este orden transnacional ha sido llamado arbitral, habida cuenta que han sido los árbitros internacionales los que han ayudado a desarrollarlo por medio de la aplicación de normas transnacionales como la *lex mercatoria*.

Las críticas a este supuesto orden transnacional basado en la aplicación de la *lex mercatoria* por parte de los árbitros a través del uso de una metodología comparatista continúan. Así, Mayer cree que a pesar que los árbitros gozan de todo el derecho de aplicar las leyes que ellos consideren necesarias, inclusive la *lex mercatoria* tal aplicación resultaría incómoda, peligrosa y casi siempre injustificable, especialmente cuando los jueces de la anulación o de la ejecución deben controlar el laudo⁴⁴. En efecto, recordando que los laudos son objeto de un control judicial, el uso de la *lex mercatoria* resulta primero que todo incómodo porque mientras para el árbitro es fácil, al menos sumariamente, probar la existencia de un principio transnacional, esta tarea será mucho más complicada para un juez al momento de decidir la anulación o la ejecución del laudo. Peligroso, no sólo por la difícil determinación del contenido de estas normas sino porque además su origen es algo dudoso. Si bien es cierto que no sólo los árbitros

⁴² GAILLARD E., « Treinte ans de lex mercatoria. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux de droit », en *Journal de Droit International*, 1995, p. 21.

⁴³ LOQUIN E., « Où en est la lex mercatoria, en Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXème siècle : à propos de 30 ans de recherche au CREDIMI », *Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 41.

⁴⁴ MAYER P., « L'autonomie de l'arbitrage international dans l'appréciation de sa propre compétence », en *Recueil des Cours Académie de droit international RCADI*, 1989, V, Tome 217, p. 406, especialmente p. 408 y ss.

aplican la *lex mercatoria* sino que en muchos casos ellos la crean, se desmiente así el hecho que ésta nace siempre de manera espontánea de los usos de los comerciantes. Así, los árbitros, que son juristas, no serían los más apropiados para crear normas del comercio internacional, las cuales son creadas, en principio, por los expertos de este comercio. Finalmente, su aplicación sería injustificada ya que la *lex mercatoria* no es sino uno de los tantos derechos que pueden ser aplicados al caso y a la determinación de la competencia arbitral.

Por nuestra parte, creemos que a pesar que la *lex mercatoria* pueda existir como una lista de derechos o como un método, ella está lejos de constituir un orden jurídico. Ella podrá existir sólo en el cuadro de un orden jurídico interno, cuando las leyes de un país permitan su aplicación, ya sea por referencia, por elaboración de una lista o de un método, o bien al seno del orden jurídico internacional, por vía convencional, por ejemplo. En efecto, cualquiera de estos órdenes jurídicos va a darle a la *lex mercatoria* eso que le hace falta a ella misma: legitimidad, imperatividad o lo que Kelsen llama sanción⁴⁵. Además, la mayoría del derecho propuesto por la *lex mercatoria* ya ha sido sugerido o por cualquier orden jurídico interno o por el derecho internacional. De hecho, uno de sus mismos defensores habla de la *lex mercatoria* como un vampiro que toma normas de los diferentes ordenes jurídicos internos⁴⁶. Por ejemplo, ¿qué Estado moderno no conoce el principio del *pacta sunt servada*? Casi todos. Pero inclusive suponiendo que algunos Estados no lo conozcan directamente en sus legislaciones, al menos, sabrán de éste indirectamente por el orden jurídico internacional. Vale entonces preguntarse sobre la pertinencia de dichas normas.

En este orden de ideas, aceptar la idea del tercer orden jurídico sería reconocer como verdadera la crítica de los territorialistas según la cual el laudo internacional flota en el espacio, ya que para nosotros este orden jurídico no existe estrictamente. En efecto, una cosa es aceptar la existencia de una ley de comerciantes o *lex mercatoria* como derecho aplicable al contrato y otra, bien diferente, es aceptar la existencia de un orden jurídico transnacional, el cual nos parece no sólo ficticio sino falto de toda coerción y obligatoriedad.

No obstante, aceptar la segunda tesis según la cual el laudo internacional pertenece al orden internacional sería igualmente inquietante, sobre todo si entendemos por orden internacional el del derecho internacional público. Para los defensores de esta segunda teoría, entre ellos la Corte de Casación Francesa, el laudo proferido por un tribunal arbitral del comercio internacional no se incorpora en ningún orden jurídico, sino que por el contrario aquél pertenece al orden internacional. En este sentido, la Corte de Casación francesa afirmó por medio de una sentencia del 29 de junio de 2007 en el caso *Putrabali* que: “...*Mais attendu que la sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale*” (el subrayado es nuestro). Por esta vía, la alta jurisdicción francesa rechaza expresamente incorporar el laudo internacional a un orden jurídico interno cualquiera e, indirectamente, al supuesto orden transnacional, ya que no dice nada al respecto.

La pregunta que surge ahora es con relación al tipo de orden internacional al que hace referencia la Corte. ¿Se refiere ella al verdadero orden internacional del Derecho Internacional Público o tal vez a una simple subcategoría dentro del orden internacional del Derecho Internacional Privado?

⁴⁵ KELSEN H., *Théorie générale du droit et de l'État*, suivi de *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, traduit par LAROCHE (B.) et FAURE (V.), Bruylant, LGDJ, 1997, p. 67 y ss.

⁴⁶ LOQUIN E., *ob. cit.*, p. 27

Si nos ubicamos en la esfera del Derecho Internacional Público, es simple verificar que dicho orden jurídico es creado por los Estados y para los Estados. En efecto, a este último sólo pueden pertenecer los Estados y, recientemente, las organizaciones internacionales. De la misma manera, este orden se nutre únicamente de sus propios mecanismos de creación del derecho, los cuales podrían verse reflejados sumariamente en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en el que se citan los tratados, la costumbre, los principios del derecho, las decisiones de justicia internacionales y la doctrina internacional más calificada. Esto sin olvidar los actos unilaterales de los Estados y la producción jurídica de las organizaciones internacionales. Finalmente, sólo las jurisdicciones internacionales propiamente creadas por el orden internacional pueden producir decisiones internacionales, las cuales no están sometidas a ningún trámite de exequátur para ser ejecutadas, ya que las partes han aceptado previamente someterse a dichas decisiones⁴⁷.

Ahora bien, ¿el arbitraje comercial internacional entraría dentro de la categoría de jurisdicción internacional según el Derecho Internacional Público como para poder afirmar que el laudo promulgado al seno de dicho tribunal es internacional? Creemos que la respuesta debe ser negativa. En efecto, el comercio internacional rige las relaciones y actuaciones de sus operadores, los cuales derivan de un régimen de Derecho Privado. El comercio internacional y el arbitraje comercial internacional constituyen una parte del Derecho Internacional Privado y a pesar que los Estados participen cada vez más del comercio internacional, ello no significa que los primeros Derechos devengan parte del Derecho Internacional Público. El único arbitraje internacional aceptado en el orden jurídico internacional es el arbitraje público entre Estados y, en cierta medida, el arbitraje mixto entre Estados y particulares extranjeros en relación con inversiones extranjeras y contratos de Estado⁴⁸. En definitiva, el arbitraje comercial internacional no puede producir decisiones o laudos internacionales en el sentido del Derecho Internacional Público sino únicamente en el sentido del Derecho Internacional Privado, lo que justifica la necesidad del trámite de exequátur.

Estas conclusiones preliminares nos dejan en la imperiosa necesidad de rechazar el razonamiento de la Corte francesa, o bien, de interpretarlo en directa relación con el Derecho Internacional Privado. Según esta última interpretación, el arbitraje del comercio internacional es internacional en el sentido que involucra elementos tanto jurídicos como económicos que le

⁴⁷ COMBACAU J., Sur S., *Droit international public*, Montchrestien, DL 2006, 7^{ème} Ed. ; DUPUY P.M., *Droit International Public*, Dalloz, DL 2006, 8^e Ed.

⁴⁸ AUDIT B., *L'arbitrage transnational et les contrats d'Etat: Bilan et perspectives*, Centre d'études et de recherche de droit international et de relations internationales, Académie de droit international de la Haye, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1989; LALIVE J.-F., "Contrats entre Etats ou entre entreprises étatiques et personnes privés", en *Recueil des cours*, Académie de Droit International de la Haye, T. 181, p. 9 - 284, "Un grand arbitrage pétrolier entre un Gouvernement et deux sociétés privés étrangères", en *Journal de droit international*, 1977, p. 319 - 389; LEBEN Ch., "La théorie du contrat d'état et l'évolution du droit international des investissements", en *Recueil des cours*, Académie de droit international de La Haye, 2003, Tome 302, p. 197 - 386, « Retour sur la notion d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci », en *L'évolution du droit international. Mélanges offerts à Hubert Thierry*, Paris, Pedone, 1998, p.247-280; LEBOULANGER Ph., *Les contrats entre Etats ou entre entreprises étatiques et personnes privés*, Economica, Paris, 1985; MANN F.A., "State Contracts and International Arbitration", en *British Year Book of International Law BYBIL*, 1967, (42), p. 1-38, "The theoretical approach towards the law governing contracts between States and private persons", en *Revue Belge de Droit International*, 1975, p. 562 - 567; MAYER P., « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat », en *Journal de droit international*, 1986, N° 1, p. 5-52; RIGAUX F., "Des Dieux et des Héros", en *Revue Critique de droit international privé*, 1978, p. 446; WEIL P., « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier », en *Recueil des Cours*, Académie de droit international de La Haye RCADI, 1969, III, Tome 128, p. 95 - 240.

confieren tal carácter. En efecto, este tipo de arbitraje involucra los intereses del comercio internacional, puede llegar a presentar varios o, al menos un punto de conexión con varios Estados u órdenes jurídicos, como la nacionalidad de las partes, sus respectivas residencias habituales, la ejecución del contrato, etc.⁴⁹ En este orden de ideas, el laudo proferido por un tribunal arbitral del comercio internacional es igualmente internacional y su alcance será acordado por el Derecho Internacional Privado. Ello significa que varios órdenes jurídicos pueden estar llamados a regir todo o parte de dicho arbitraje, incluyendo el laudo.

Así, el orden jurídico de la sede arbitral no es más que uno de los varios órdenes que pueden regir o tener una incidencia sobre el tribunal arbitral y el laudo, lo que implica que su competencia está limitada. En efecto, la máxima competencia del orden jurídico de la sede es dar trámite al recurso de anulación contra el laudo. Sin embargo esto no significa que el laudo se incorpora en ese orden, pero tampoco que no lo haga. En este sentido, si el arbitraje comercial internacional hace parte del Derecho Internacional Privado y no del Derecho Internacional Público hay que tratarlo como tal, es decir, desde la perspectiva del conflicto de leyes, sin preocuparse por un orden jurídico que se ocupe de todo. Esta aplicación de la teoría de conflicto de leyes nos conducirá seguramente a un *dépeçage* o aplicación de varias reglas de diferentes órdenes jurídicos a un mismo asunto, en este caso el arbitraje.

En consecuencia, el laudo internacional proferido por un tribunal arbitral del comercio internacional no se incorpora realmente en ningún orden jurídico ni interno, ni internacional ni mucho menos transnacional. De hecho la cuestión de su incorporación parece ser más teórica que práctica. Lo importante es identificar las competencias de cada orden jurídico con respecto al laudo. Por ejemplo, establecer que del recurso de anulación concierne las jurisdicciones del país que sirvió de sede al tribunal arbitral, mientras que del exequátur y la ejecución conocerán las jurisdicciones del país donde se pretendan ejercer dichas acciones.

Ahora bien, si eventualmente la cuestión de la incorporación del laudo a un orden jurídico interno es necesaria, es nuestra opinión que una visión funcionalista sería la más apropiada para determinar cuál sería dicho orden. En este orden de ideas, es a penas natural que el laudo se incorpore en el orden jurídico del lugar donde éste se pretende hacer reconocer y ejecutar, pues es ahí donde surtirá sus efectos.

Llegados a este punto es pertinente interrogarnos sobre la actitud del juez del exequátur cuando se le solicita reconocer y ejecutar un laudo arbitral internacional, en el sentido del Derecho Internacional Privado, que ha sido anulado en la sede arbitral.

⁴⁹ Para determinar los puntos de conexión tanto jurídicos como económicos del arbitraje internacional con los diferentes órdenes jurídicos podemos apoyarnos en los mismos que nos sirven para determinar el contrato internacional. En este sentido ver la bibliografía citada en CORREA ANGEL D.X., "La noción de contrato internacional", en *Alcances III*, Universidad Externado de Colombia, en prensa.

II. LA ACTITUD DEL JUEZ DEL RECONOCIMIENTO Y DE LA EJECUCIÓN DEL LAUDO INTERNACIONAL

Bajo la idea que tanto el arbitraje como el laudo del comercio internacional adquieren tal calidad gracias al Derecho Internacional Privado, en esta segunda parte queremos acercarnos a determinar cual sería la metodología de trabajo asumida por el juez del exequátur. En otras palabras, cual sería la actitud de dicho juez cuando se ve confrontado a una solicitud de reconocimiento y ejecución de un laudo que ha sido anulado en la sede arbitral. El trabajo del juez del exequátur sería llevado a cabo en dos momentos. En el primero de ellos, la lógica indica que si el laudo ha sido deslocalizado de la sede arbitral, el juez del exequátur analiza el laudo mismo con respecto a su propio orden jurídico (A). Una vez realizada esta operación, el juez del exequátur entraría a hacer un análisis formal de la decisión judicial que anuló el laudo en el lugar de la sede arbitral según lo estipulado en la Convención de Nueva York (B).

A. EL JUEZ DEL EXEQUÁTUR FRENTE AL LAUDO INTERNACIONAL

En este primer momento, el juez del exequátur confrontará el laudo internacional con su ordenamiento jurídico para decidir si puede conferirle o no el exequátur (1). Este ejercicio implica únicamente el estudio del laudo, razón por la cual, un posible recurso de anulación en trámite en el país de la sede arbitral sería irrelevante para el juez de la ejecución (2).

1. La confrontación del laudo al orden jurídico donde se pretende reconocer y ejecutar

Cuando un juez nacional ha sido convocado para decidir una demanda de reconocimiento y ejecución de un laudo internacional, éste procede a hacerle el test de legalidad con respecto a su orden jurídico. En efecto, lo que interesa al juez en este momento es que el laudo que pretende incorporarse en su orden jurídico a través del exequátur reúna el mínimo de condiciones legales impuestas por este orden interno.

Este primer ejercicio de confrontación se realiza como un silogismo en el que el laudo internacional es la premisa menor, el orden jurídico interno del juez del exequátur, incluyendo la Convención de Nueva York si el país del exequátur y de la ejecución la ha ratificado, es la premisa mayor y el otorgamiento del exequátur es el resultado. Este análisis requiere tres momentos.

El primero de ellos surge de la interpretación de la Convención de Nueva York, la cual, en sus artículos IV y II exige únicamente a la parte interesada en demandar el exequátur del laudo internacional que aporte la prueba de la existencia del laudo y de la cláusula compromisoria que dio origen al arbitraje y al laudo. En este sentido, ninguna otra condición es requerida en este primer estadio del test.

De este primer momento se desprende el segundo, en el cual el juez del exequátur verificará la internacionalidad del laudo. Para estos efectos, la Convención se aplica a los laudos verdaderamente internacionales y no simplemente extranjeros o nacionales. A pesar de que la Convención de Nueva York habla de sentencias arbitrales extranjeras, nosotros debemos entender sentencias arbitrales internacionales, teniendo en cuenta toda la evolución del arbitraje

internacional y lo explicado con relación al Derecho Internacional Privado. Esta interpretación estaría de acuerdo con el texto mismo de la Convención que a pesar de su título, hace evidente la idea que ella regula el reconocimiento y la ejecución de laudos internacionales y no simplemente de laudos extranjeros. Afirmar lo contrario, sería permitir la ejecución internacional de laudos meramente internos, por el sólo hecho que éstos, a diferencia de los laudos internacionales, son verdaderamente extranjeros con relación al país del exequátur. Así, el artículo I de la Convención se aplica a los laudos internacionales y no a los laudos simplemente internos o nacionales. La prueba de ello es que los laudos pueden ser reconocidos y ejecutados en el mismo país de la sede arbitral, tal como lo enuncia el artículo I de la Convención de Nueva York, sin que ello implique que se trata de laudos locales o nacionales. Esto significa que la Convención fue redactada pensando en verdaderos laudos internacionales en el sentido del Derecho Internacional Privado y no en laudos simplemente locales, colombianos, franceses o rusos.

Recientemente, las jurisdicciones francesas se pronunciaron en este sentido en el caso *Putrabali*⁵⁰. *Putrabali*, sociedad de derecho indonesio, había vendido a la sociedad francesa *Est Epices*, la cual se transformó en la sociedad *Rena Holding*, un cargamento de pimienta blanca que terminó perdido cuando éste era transportado. Por esta razón, la sociedad francesa decidió no pagar a *Putrabali*, quien por su parte y de acuerdo a la cláusula compromisoria contenida en el contrato que la unía con *Rena Holding*, solicitó ante la *International General Produce Association* (IGPA) con sede en Londres la conformación de un tribunal arbitral que dirimiera la controversia contractual. Este tribunal compuesto de cinco árbitros no accedió a las pretensiones de *Putrabali*, razón por la cual y de acuerdo a las normas del *Arbitration Act de 1996*, esta última presentó ante la *High Court* un recurso (apelación) contra el laudo. La *High Court* anuló parcialmente dicha decisión. La alta corte judicial inglesa encontró que el no pago del precio constituía una violación del contrato y por éste motivo reenvió el litigio a otro tribunal arbitral, el cual se pronunció en favor de *Putrabali*. Mientras todo esto ocurría, el primer laudo fue reconocido y ejecutado en Francia por el Tribunal de Gran Instancia de París, decisión que fue a su turno confirmada por la Corte de Apelación de París y finalmente por la Corte de Casación Francesa. Así, la Corte de Casación afirmando que el laudo no se incorpora a ningún orden jurídico interno, ya que éste es internacional, sostuvo que éste debe ser apreciado por el juez del exequátur según su propio orden jurídico.

Finalmente, el tercer momento consiste en que el juez del exequátur, una vez probada la existencia y la internacionalidad del laudo, entrará a analizar el impacto del laudo internacional en su orden jurídico. Para ello, nada más que su propio derecho servirá de guía al juez en este propósito. Así lo dispone el artículo III de la Convención, el cual invita al juez del exequátur a apreciar el laudo internacional según su propio orden jurídico y las normas mismas de la Convención, la cual se supone que hace parte de dicho orden jurídico, a fin de reconocer la autoridad de aquel en su país. Esta importancia del orden jurídico interno del juez del exequátur se muestra mucho más evidente cuando la Convención en su artículo VII sugiere a los jueces nacionales su no aplicación, en caso tal que sus respectivos derechos internos, ya sea por vía legislativa o convencional, resulten más favorables al reconocimiento y a la ejecución de laudos internacionales.

⁵⁰ « Cour d'appel de Paris, 1^{ère} Chambre Civile, S. *PT Putrabali Adyamulia vs. SA Rena Holding et autre*, 31 mars 2005 », comentario de GAILLARD E., en *Revue de l'arbitrage*, 2006, N° 3. « Cour de Cassation, 1^{ère} Chambre Civile, S. *PT Putrabali Adyamulia vs. SA Rena Holding et autre*, 29 juin 2007 » consultable en www.legifrance.gouv.fr

Así, en el caso *Norsolor*⁵¹, la Sociedad *Pabalk* de derecho turco y la Sociedad *Ugilor* de derecho francés, la cual se transformó después en *Norsolor*, estaban unidas por un contrato de representación comercial el cual contenía una cláusula compromisoria que hacía referencia a las reglas de la CCI. Después de haber encontrado algunas dificultades contractuales, la sociedad *Pabalk* convocó la creación del tribunal arbitral, el cual tuvo como sede arbitral Viena - Austria. El tribunal arbitral, aplicando la *lex mercatoria* y la equidad, condenó a *Norsolor* a pagar los perjuicios sufridos por *Pabalk* a causa de la injusta ruptura contractual. La decisión arbitral fue reconocida y ejecutada en Francia por el Presidente del Tribunal de Gran Instancia de París, decisión que no fue confirmada por la Corte de Apelación de París, la cual aplicando el artículo V 1(e) dió un alcance internacional a la decisión judicial de anulación del laudo proferida por la Corte de Apelación de Viena. La Corte de Casación Francesa revocó la decisión de la Corte de Apelación de París habida cuenta que el juez del exequátur está en el deber, es decir, de oficio, de aplicar la ley más favorable al reconocimiento y ejecución de laudos internacionales según el artículo VII de la Convención de Nueva York. Ello significaba que el derecho francés que permitía la incorporación al orden jurídico francés del laudo internacional anulado en Viena debía ser respetado, pues las causales que motivaron la anulación del laudo en Viena no eran contrarias al orden jurídico francés. De esta manera vemos como el juez francés se preocupó sobre todo de confrontar el laudo internacional con su orden jurídico y lo dispuesto por la Convención de Nueva York para reconocer y ejecutar un laudo.

En el caso *Hilmarton*⁵² la Corte de Casación Francesa se pronunció en el mismo sentido, pero fue aún más lejos. Estando vinculados por un contrato de intermediación, *Hilmarton*, sociedad de derecho inglés, se comprometió a asesorar a OTV, sociedad francesa, así como a intervenir a fin que esta última pudiera concluir un contrato de Estado con Algeria. Inconforme por el supuesto no pago de un suplemento en sus honorarios, *Hilmarton* solicitó la conformación de un tribunal de arbitraje según los términos de la cláusula compromisoria contractual. El tribunal arbitral, cuya sede arbitral era Suiza, declaró nulo el contrato y en consecuencia no accedió a las pretensiones de *Hilmarton*. El laudo así pronunciado fue, de una parte, anulado en Suiza y, de otra parte, reconocido en Francia. *Hilmarton* impugnó entonces la decisión francesa de exequátur ante la Corte de Apelación de París, la cual confirmó la decisión de primera instancia, en razón de la aplicación del artículo VII de la Convención de Nueva York. En este sentido, el derecho francés resulta más favorable que la Convención de Nueva York al permitir acordar el exequátur a un laudo que ha sido anulado en el país de la sede arbitral. Esta decisión fue finalmente confirmada por la Corte de Casación.

Mientras todo esto ocurría, *Hilmarton* obtuvo en Suiza un segundo laudo, pero esta vez favorable a sus pretensiones, el cual pretendió ejecutar en Francia. En primera instancia el Tribunal de Gran Instancia de Nanterre lo reconoció. La Corte de Apelación de Versalles confirmó dicha decisión basada en el hecho que el reconocimiento de la primera sentencia arbitral no se incrustaba en el ordenamiento jurídico francés y que además, el orden público francés no se oponía a tal exequátur. Así, Francia se encontraba con dos decisiones arbitrales

⁵¹ « Court de Cassation, 1^{ère} Chambre Civile, *Société Pabalk Ticaret Sirketi vs. Sociedad Norsolor*, 9 octobre 1984 ». Ver los comentarios de GOLDMAN B., en *Revue Critique de droit international*, KAHN (Ph), en *Journal de Droit International*, 1985, p. 679. THOMPSON D., en *Journal International Arbitration*, 1985, p. 67.

⁵² « Court de Cassation, 1^{ère} Chambre Civile, *Société Hilmarton vs. Sociedad OTV*, 23 mars 1994 ». Ver los comentarios de JARROSSON Ch., en *Revue de l'arbitrage*, 1994, N° 2, p. 327; GAILLARD E., en *Journal de Droit International*, 1994, N°3, p. 701; OPPETIT B., en *Revue Critique de Droit International privé*, 1995, V. 84, N°2, p. 356; « Court de Cassation, 1^{ère} Chambre Civile, *Société Hilmarton vs. Sociedad OTV*, 10 juin 1997 », FOUCHARD Ph., en *Revue d'arbitrage*, 1997, N°3 p. 376; FOUCHARD Ph., *ob. cit.*; BESSON S., PITTET L., *ob. cit.*; POUDRET J.F., *ob. cit.*

contradictorias, tocando los mismos sujetos, el mismo litigio y los mismos fundamentos jurídicos, razón por la cual, la Corte de Casación Francesa decidió revocar estas últimas decisiones. El fundamento de la suprema autoridad judicial francesa era nada más y nada menos la coherencia jurídica y la cosa juzgada, las cuales impedían a dos decisiones arbitrales opuestas coexistir en el mismo orden jurídico. Así, sólo la primera decisión judicial reconociendo la primera sentencia arbitral podía existir en el ordenamiento jurídico francés mientras que la segunda debía ser rechazada.

En el mismo sentido el Tribunal del Distrito de Columbia en el caso *Chromalloy*⁵³ otorgó el exequátur a un laudo internacional que había sido anulado en El Cairo, gracias al estudio del laudo internacional con respecto al orden jurídico del país del exequátur, en la especie, el derecho estadounidense, independientemente del orden jurídico de la sede arbitral. Además, las jurisdicciones estadounidenses tuvieron en cuenta dos elementos para reconocer y ejecutar el laudo anulado en la sede arbitral. El primero de ellos, de naturaleza un poco más débil que el segundo, fue la nacionalidad de la parte que solicitó la ejecución del laudo. En efecto, *Chromalloy* era una sociedad estadounidense lo que permitía al juez aplicar el derecho estadounidense. El segundo, más determinante aún, fue el hecho que las partes en su cláusula compromisoria se habían comprometido a no interponer ningún recurso contra el laudo, obligación que fue violada por Egipto. Esta violación resultó ser tan grosera para el juez americano, que lo llevó a ver en ella una violación al orden público estadounidense en favor y defensa de la efectividad del arbitraje internacional y, en consecuencia, a ejecutar el laudo.

Sin embargo, no todas las jurisdicciones nacionales siguen este análisis y, por el contrario, no incluyen otros elementos jurídicos diferentes a los del orden jurídico interno del país que sirvió de sede al tribunal arbitral. Este es el caso de las recientes decisiones estadounidenses en los litigios *Baker Marina* y *Spider*⁵⁴, donde por diferentes razones, los jueces estadounidenses se negaron a aplicar su propio derecho para decidir una solitud de exequátur y ejecución de un laudo internacional anulado en la sede arbitral. En el caso *Spider* el juez consideró que como las partes no habían hecho expresa su voluntad de aplicar el derecho estadounidense, él no lo podía aplicar de oficio. En esta decisión nos parece que el juez estadounidense se confundió entre el derecho aplicable al fondo del litigio, donde su teoría podría eventualmente ser aplicada y, el derecho aplicable al trámite del exequátur, el cual era inevitablemente el suyo y debía ser aplicado de oficio sin ninguna necesidad de buscar la voluntad de las partes.

De todo esto podemos decir el hecho que cada Estado se reserve el derecho de conferir o no el exequátur a los laudos anulados en la sede arbitral, así no estemos de acuerdo en todos los casos, es respetable. Sin embargo, lo propuesto por las Cortes estadounidenses en los últimos tiempos ha sido un poco exagerado, sobre todo, cuando para decidir del reconocimiento y ejecución de un laudo internacional privilegian el estudio del orden jurídico interno del país de la sede arbitral sobre el estudio de su propio orden jurídico, que es, en últimas, el directamente relacionado con la demanda de exequátur.

A pesar de estas decisiones judiciales, lo cierto es que para nosotros el estudio preliminar debe

⁵³ "Tribunal Federal del Distrito de Columbia, *Chromalloy Aeroservices vs. Republica Arabe de Egipto*, 31 julio 1996". Ver los comentarios de SCHWARTZ E., « A Comment on *Chromalloy*. Hilmarton à l'américaine », en *Journal of International Arbitration*, June 1997, p. 125.

⁵⁴ *Baker Marine, Ltd. vs. Chevron Ltd and Chevron Corp., Inc. - Baker Marine, Ltd. vs. Danos and Curole Marine Contractors, Inc.*, 191 F. 32 194 C2nd Cir. Martin 1. *Spire vs. Calzaturificio Tecnica S.p.A.* 71 F Supp 2d 279 (S.D.N.Y. 1999).

hacerse entre el laudo y el orden jurídico que lo va a recepcionar. Siguiendo esta idea, una de sus principales consecuencias sería que un trámite de anulación pendiente en la sede del arbitraje resultaría, entonces, irrelevante para el juez del exequátur.

2. La irrelevancia de un recurso de anulación pendiente en la sede del arbitraje para efectos del exequátur

El artículo VI de la Convención de Nueva York permite, más no obliga, al juez del exequátur, previa solicitud de la parte interesada y después de haber otorgado una caución, suspender el proceso de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral a la espera de la respuesta del juez de la anulación. Esta norma muestra que a pesar de la relativa importancia del recurso de anulación, lo estrictamente relevante para el juez del exequátur es el laudo internacional en si mismo. En efecto, esta afirmación es muy lógica si partimos del punto de vista que la Convención de Nueva York busca el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales internacionales y no de sentencias judiciales nacionales que anulan laudos. En el mismo sentido, el artículo 36 (2) de la Ley Modelo permite al juez de la ejecución suspender o no el proceso a la espera de una decisión en el país de la anulación del laudo internacional.

Además, no podemos olvidar que en la mayoría de casos la parte que pierde un laudo buscará por todos los medios la manera de anularlo, o al menos, de demorar su ejecución. Así, si aceptáramos como regla general que el juez del exequátur debe imperativamente suspender el proceso de reconocimiento y ejecución de un laudo internacional a la espera de la decisión del juez de la anulación, lo único que lograríamos sería enterrar la eficacia del arbitraje internacional. Esta solución sería muy fácil para la parte que ha perdido un laudo.

En este orden de ideas, la posibilidad de suspender o no el trámite de exequátur, contenida en el artículo VI, seguirá el mismo régimen del artículo V 1 (e), en el sentido que todo dependerá de la importancia que el juez de la ejecución consagre a la sede arbitral. Así, hay un primer grupo de países que solucionan la cuestión de una manera directa, ya sea suspendiendo el proceso de exequátur o decidiendo no suspenderlo y continuar de esta manera con la ejecución. Otro grupo de países, en la mayoría aquellos del *common law*, deciden caso por caso la suspensión, la cual dependerá de una cantidad de elementos así como de un juego de probabilidades sobre la suerte de la decisión de anulación.

Del primer grupo de países, que resolviendo directa y definitivamente la cuestión deciden suspender el proceso del exequátur, podemos citar el caso italiano y holandés⁵⁵. En efecto, para estos países el laudo no será definitivo sino después de haber sido resuelto todo recurso contra éste, lo que implica la no ejecución de laudos anulados o que sean susceptibles de serlo por un procedimiento judicial de anulación aún pendiente. Por el contrario, otro grupo de países donde figura Francia, especialmente, resuelven directa y definitivamente la cuestión al decidir no suspender el proceso del exequátur en razón a un proceso de anulación del laudo pendiente en la sede arbitral.

Ahora bien, otros países como Estados Unidos y el Reino Unido, sin decidir *a priori* sobre la suspensión o no del proceso de exequátur a la espera de la decisión judicial de la anulación del laudo, prefieren tomar la decisión de suspensión caso por caso. Para ello, el método del juez del exequátur en estos países consiste en hacer un análisis en dos tiempos. En el primero, el juez será conducido por las partes a hacer un juego de probabilidades o un pronóstico sobre la

⁵⁵ WEBSTER Th., *ob.cit.*, p. 217.

futura decisión judicial de la anulación. Así, la prueba que debe aportar la parte que demanda la suspensión debe ir encaminada a demostrar objetivamente que el recurso de anulación no es meramente temerario, sino que por el contrario existen causas reales para que el laudo sea anulado en el país de la sede arbitral. En el segundo momento, el juez del exequátur tratará de agrupar la mayor cantidad de elementos tanto en favor como en contra de la suspensión, lo que le permitirá llegar a un “*balance de conveniencia*” en favor de una u otra parte⁵⁶. De esta manera, el juez del exequátur sopesa todos los elementos tanto objetivos como subjetivos o de oportunidad que le permitirán caso por caso tomar la decisión de suspender o no el proceso.

Corolario de lo anterior, en el caso *Europcar*, el laudo arbitral proferido para dirimir el litigio entre *Europcar Italia S.p.A.* y *Maiellano Tours Inc.* había sido impugnado ante las jurisdicciones italianas. El recurso de anulación contra el laudo, que había sido rechazado por la primera instancia judicial italiana, estaba siendo decidido en el estadio de la apelación cuando la parte que había ganado el laudo decidió demandar ante los jueces estadounidenses el reconocimiento y la ejecución del laudo. La primera instancia judicial ante el Tribunal del Distrito en los Estados Unidos decidió rechazar la solicitud de la defensa de suspender el proceso hasta que la decisión definitiva sobre la anulación del laudo fuera proferida en Italia. La Corte de Apelación, haciendo uso de la metodología explicada anteriormente, elaboró una lista⁵⁷ en orden de importancia de los factores que debían tener en cuenta los jueces para decidir la suspensión y decidió que el juez del Distrito no tuvo en cuenta algunos de esos factores, lo cual le permitió reenviar el caso a esta primera instancia y sugerir que una decisión contraria fuera tomada.

⁵⁶ “The onus of proof on the party resisting enforcement should go beyond showing that its attack on the award in the foreign proceeding is not frivolous. The onus should go so far as to require a showing that there is a real prospect that the award will be set aside, or, in other words, a real risk, not just a theoretical risk, of inconsistent decisions by the two courts. Secondly, there should be a requirement to show that the balance of convenience between the parties favours a deferral of enforcement. The ‘balance of convenience’ is determined by weighing the prejudice to one party of being delayed in enforcing a presumptively valid award against the prejudice to the other party of having the award enforced before its application to set the award aside has been heard and determined”. GHIKAS G., “A Principled Approach to Adjourning the Decision to Enforce Under the Model Law and the New York Convention”, en *Arbitration International*, Vol. 22, N°1, p. 54.

⁵⁷ “(1) the general objectives of arbitration – the expeditious resolution of disputes and the avoidance of protracted and expensive litigation; (2) the status of the foreign proceedings and the estimated time for those proceedings to be resolved; (3) whether the award sought to be enforced will receive greater scrutiny in the foreign proceedings under a less deferential standard of review; (4) the characteristics of the foreign proceedings including (i) whether they were brought to enforce an award (which would tend to weigh in favour of a stay) or to set the award aside (which would tend to weigh in favour to enforcement); (ii) whether they were initiated before the underlying enforcement proceeding so as to raise concerns of international comity; (iii) whether they were initiated by the party now seeking to enforce the award in federal court; and (iv) whether they were initiated under circumstances indicating an intent to hinder or delay resolution of the dispute; (5) a balance of the possible hardships to each of the parties, keeping in mind that if enforcement is postponed under Article VI of the Convention, an award should not be enforced if it is set aside or suspended in the originating country, see also *Berg*, 61 F.3d art 105 (noting that insolvency of one party may play a role in determining relative hardships); and (6) any other circumstances that could tend to shift the balance in favour of or against adjournment. For example, in the instant case the controversy surrounding the enforceability of arbitral awards may tend to favour adjournment because an Italian judgment confirming the award could itself be recognized and enforced in the district court...” U.S. 2nd Circuit Court of Appeals, *EUROPCAR ITALIA v MAIELLANO TOURS*, UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT, August Term 1997, Consultable en <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=2nd&navby=case&no=977224&exact=1>

Siguiendo los elementos propuestos en la lista del caso *Europcar*, otras decisiones judiciales en los Estados Unidos fueron pronunciadas en favor del reconocimiento de un laudo a pesar de estar en trámite el recurso de anulación en la sede arbitral. Así en los casos *Sarhank Group vs. Oracle Corp* y *MGM Productions Group vs. Aeroflot Russian Airlines* los laudos fueron reconocidos a pesar de los trámites de anulación en curso en El Cairo y en Suecia respectivamente. En estos casos, los elementos fundamentales fueron la oportunidad (*expediency*) y la cortesía internacional (*comity*)⁵⁸.

En el caso *Powerex*, el laudo arbitral favoreciendo las pretensiones de *Powerex* fue atacado por *Alcan* quien interpuso un recurso de anulación en la sede arbitral, Polonia. En primera instancia el recurso de anulación no prosperó y cuando esta decisión era objeto de apelación, *Powerex* decidió solicitar ante las jurisdicciones inglesas, en concreto la *British Columbia*, el reconocimiento y la ejecución del laudo. La Corte sostuvo que debía sopesar el balance de conveniencia y el daño irreparable que sufriría cada una de las partes, bien sea por el retardo en la ejecución del laudo o por la ejecución de un laudo que sería anulado. Enumeró algunos de los factores que tendría en cuenta para decidir: "...the estimated time to complete the case in the originating jurisdiction; whether the party opposing enforcement is merely delaying the inevitable; whether a court in the originating jurisdiction has already refused to set aside the award; the availability of security and the possibility of asset removal prior to enforcement; and the willingness of the party resisting enforcement to undertake diligent prosecution of the action in the originating jurisdiction..."⁵⁹.

En esta decisión, la Corte concluyó que para no perjudicar más a *Powerex* con las demoras en la ejecución del laudo, *Alcan* debía pagar a *Powerex* el total de lo ordenado en el laudo con sus respectivos intereses. No obstante, el pago se sometió a dos condiciones. La primera era que si *Alcan* ganaba la apelación en Polonia, es decir si el laudo era efectivamente anulado, *Powerex* debía devolver la integralidad de las sumas pagadas por *Alcan*. La segunda condición era que *Powerex* debía ofrecer plena seguridad a *Alcan* que devolvería el dinero.

Así, un punto importante en la jurisprudencia del *common law* es la seguridad que debe ser prestada tanto por la parte que ha solicitado la suspensión del proceso de exequátur como por la parte que ha demandado el reconocimiento y la ejecución del laudo a pesar de la existencia de un trámite de anulación en curso.

Como quiera que sea, a pesar que la doctrina y la jurisprudencia se encuentran totalmente divididas, nosotros queremos afirmar que el interés del juez del exequátur en un primer momento debe ser únicamente dirigido hacia el laudo en sí mismo. Sin embargo, eso no significa que el juez debe dejar al lado sistemáticamente la decisión judicial que ha anulado el laudo, sino que éste deberá apreciarla a la luz de la Convención de Nueva York exclusivamente y no del derecho de la sede arbitral, tal como lo expondremos en esta parte final de nuestro artículo.

⁵⁸ GHIKAS G., *ob. cit.*, p. 59.

⁵⁹ *Powerex Corp. vs. Alcan Inc*, 30 June 2004, British Columbia Supreme Court consultable en <http://www.kluwerarbitration.com/arbitration/DocumentFrameSet.aspx?ipn=80441>

B. EL JUEZ DEL EXEQUÁTUR FRENTE A LA SENTENCIA JUDICIAL QUE HA ANULADO EL LAUDO INTERNACIONAL

Una vez el juez del exequátur ha analizado el laudo y nada más que el laudo con respecto a su propio orden jurídico y a la Convención de Nueva York, éste procederá a analizar la decisión judicial que lo anuló. Para ello, dos factores deberán ser verificados y estudiados por el juez para determinar el alcance internacional de dicha decisión judicial interna. El primero de ellos es la competencia del juez que profirió la anulación (a) y el segundo la(s) causal(es) tenida(s) en cuenta por el juez de la anulación para anular el laudo internacional (b).

1. La legítima competencia del juez para anular el laudo internacional

Para que el juez del exequátur pueda conceder un efecto internacional a la decisión de la anulación del laudo, el primer elemento que éste deberá verificar es la competencia del juez que profirió tal anulación.

Tanto la Convención de Nueva York en su artículo V 1 (e) como la Ley Modelo en su artículo 36 (1) (a) (v) dejan claro que el único juez competente para conocer el recurso de anulación o, cualquiera otro en contra del laudo internacional, es el de la sede arbitral. Esto nadie lo discute hoy en día, al menos en doctrina, pues ya vimos como la *Svea Court*, en Suecia, se declaró no competente para conocer un recurso de anulación a pesar que Estocolmo había sido designada como la sede arbitral. Sin embargo, nosotros creemos que esta es la única importancia real de la sede arbitral actualmente. De hecho, únicamente el recurso de anulación justifica su escogencia.

No obstante, algunas partes tratan de hacer anular el laudo ante jurisdicciones distintas a las del país de la sede arbitral. A veces, las partes creen que las jurisdicciones del país cuyo derecho ha sido escogido como aplicable al fondo del litigio tienen competencia para conocer del recurso de anulación del laudo. A pesar que algunas jurisdicciones han asumido competencia para decidir dicho recurso, los jueces del exequátur han sido lo suficientemente rigurosos como para no acordar ningún alcance internacional a la decisión de anulación así proferida.

Así, en el caso *Four Seasons Hotels*⁶⁰, el *Southern District of Florida* fue convocado para decidir una demanda de exequátur y ejecución de un laudo parcial proferido por un tribunal arbitral internacional de acuerdo con las normas de la triple AAA, el cual debía aplicar al fondo del litigio el derecho venezolano. La sede del tribunal era la ciudad de Miami. El laudo fue anulado por los tribunales venezolanos en razón a que el derecho aplicable al fondo del litigio era el venezolano. Por fortuna, tal anulación no fue tenida en cuenta por el juez de Florida ya que el único que podía declararse sobre la anulación del laudo era él mismo por ser el juez del lugar de la sede arbitral, tal como lo estipula el artículo V 1(e) de la Convención de Nueva York. De esta manera, el hecho que el derecho aplicable al fondo del litigio fuera el venezolano no confería ninguna competencia a los jueces de Venezuela para que se pronunciaran sobre el recurso de anulación.

⁶⁰ *Four Seasons Hotels vs. Consorcio Barr*, 2003, U.S. District Court for the Southern District of Florida.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado colombiano en el caso *Ferrovías*⁶¹ rechazó el recurso de anulación interpuesto por la entidad estatal contra el laudo parcial proferido por el tribunal arbitral que dirimía la controversia según las reglas de la CCI y cuya sede era la ciudad de París.

Muy parecido al caso *Four Seasons Hotels* fue el caso *Nirma*⁶². El tribunal arbitral convocado para dirimir este caso tenía como sede la ciudad de Londres y debía aplicar las reglas de la CCI al procedimiento y el derecho indú al fondo del litigio. Sin embargo, la jurisdicción de la India se consideró competente para anular el laudo arbitral en razón de la ley aplicable al fondo del litigio y del artículo 34 del *Indian Arbitration Act* de 1996. Esta decisión judicial, sobra decirlo, debe ser privada de cualquier efecto por haber sido proferida sin competencia, según los términos de la Convención de Nueva York.

Teniendo en cuenta que determinar la competencia del juez de la anulación resulta en términos generales sencillo, nosotros proponemos estudiar el segundo elemento a estudiar por el juez del exequátur a fin de poder conferir un alcance internacional a la decisión judicial de la anulación.

2. La anulación del laudo debe versar únicamente sobre causales de alcance internacional

Más delicada que la cuestión de la competencia del juez de la anulación, es aquella de la(s) causal(es) que ha(n) servido de fundamento al juez para anular el laudo internacional.

Nosotros nos sumamos a la posición adoptada por *Paulsson*⁶³ para estos fines. En efecto, es importante distinguir entre las causales internacionales de anulación o *international standards annulment* y las causales locales o particulares al orden jurídico del juez de la anulación o *locals standards annulment*. Sólo las primeras tienen vocación de impedir el reconocimiento y la ejecución de un laudo anulado en la sede arbitral, mientras que las segundas no tienen sino un efecto local en el país de la sede arbitral. La pregunta es entonces, ¿cómo determinar esas causales internacionales de anulación? La respuesta puede ser encontrada en la misma Convención de Nueva York. En efecto, los motivos de rechazo del exequátur, contenidos en el artículo V, a excepción del literal (e) del primer párrafo, pueden servir como referencia para la anulación del laudo arbitral. La Ley Modelo reproduce en términos generales dichas causales de la Convención de Nueva York para decidir sobre la impugnación del laudo. En efecto, en su artículo 34 reconoce la anulación como el único recurso legítimo para atacar el laudo internacional, para lo cual expone las causales que podrían conllevar a esta sanción.

Esta idea ha sido ampliamente desarrollada en la jurisprudencia francesa la cual ha sido bien expuesta a lo largo de este artículo. Sin embargo, un caso más no nos parece excesivo y por el contrario nos ayudaría a comprender mejor la situación. Así, en el caso *DAC*⁶⁴, un arbitraje se llevó a cabo para resolver el litigio entre *Bechtel Co. Ltd.* y la *Dirección General de la Aviación*

⁶¹ Empresa colombiana de Vías Férreas (Ferrovías) vs. Drummond Ltd, Consejo de Estado, decisiones de 2003 y 2004.

⁶² *Nirma Ltd. vs. Lurgi Energie und Entsorgung GmbH and Others*, High Court, Cujarat, Case N° 1787, December 19 2002.

⁶³ PAULSSON J., "May or Must Under the New York Convention: an exercise in Syntax and Linguistics", *ob. cit.*,

⁶⁴ Cour d'appel de Paris, 29 septembre 2005.

Civil de Dubai (DAC) en Dubai. El laudo que había favorecido a *Bechtel* fue anulado por las jurisdicciones competentes en Dubai en razón a que el tribunal arbitral había violado la ley de procedimiento árabe al haber escuchado los testigos sin practicarles el respectivo juramento. La Corte de Apelación de París, conociendo de una demanda de exequátur del laudo arbitral en cuestión, decidió que la causal de anulación del laudo correspondía a una simple razón de derecho interno y que por este motivo no podía ser tenida en cuenta internacionalmente a fin de evitar la ejecución del laudo.

Desafortunadamente no todas las jurisdicciones razonan en estos términos y conceden a algunas causales locales de anulación un efecto internacional. Así, en el caso *Termorío*⁶⁵, del cual nos ocuparemos únicamente en sus aspectos jurídicos sin entrar en debates de otro tipo que éste generó, las jurisdicciones estadounidenses decidieron negar el reconocimiento y la ejecución del laudo porque éste había sido anulado en Colombia⁶⁶. Los antecedentes del caso serán recordados sucintamente. La Electrificadora del Atlántico S.A. E.S.P. (Electranta), sociedad controlada por el Estado Colombiano en un 87% de su capital, fue creada en 1957 con la finalidad de proveer electricidad a la zona de Barranquilla. Esta sociedad había firmado en 1997 un acuerdo "*Power Purchase Agreement*" con Termorío S.A. E.S.P. (Termorío), en virtud del cual Termorío se comprometió a generar electricidad y Electranta a comprarla por un lapso de veinte años. El acuerdo contenía una cláusula compromisoria haciendo referencia a un arbitraje en Colombia bajo las reglas de la CCI. Es decir, una cláusula arbitral designando un típico arbitraje internacional con sede en Colombia.

Un año después de la conclusión del contrato, el gobierno colombiano inició un plan de privatización y creó una nueva sociedad, ElectroCaribe, a la que transfirió todos los activos de Electranta sin las obligaciones contractuales que ésta tenía con respecto a Termorío. De esta manera Electranta continuaba obligada a adquirir la electricidad generada por Termorío, pero sin recursos para pagar las prestaciones de éste último, lo que provocó un incumplimiento del contrato. De esta manera Termorío que a la época ya había realizado una inversión de 7 millones de dólares aproximadamente convocó la formación del tribunal arbitral, el cual condenó al Estado colombiano a pagar cerca de 63 millones de dólares al contratista. Este laudo nunca fue ejecutado por Electranta y por el contrario fue atacado ante las jurisdicciones colombianas competentes, lo cual no es para nada discutible teniendo en cuenta que Colombia era la sede del arbitraje.

Así, el Consejo de Estado decidió anular el laudo en razón de la probada nulidad del pacto arbitral. Cabe la pena recordar que esta causal no existe en la Ley 80 de 1993 la cual regía el caso. Para ello, el Consejo de Estado se sirvió de la antigua y derogada legislación para anular el pacto arbitral, la cual impedía el desarrollo de trámites arbitrales en Colombia bajo

⁶⁵ "U.S. District Court, District of Columbia, 17 mars 2006, Termorío S.A. E.S.P. and LeaseCo Group, LLC vs. Electranta S.P., ET AL". Ver el comentario de PAULSSON J., en *Revue de l'arbitrage*, 2006, N°3. El recurso de apelación en este caso fue decidido por la U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 25 May 2007.

⁶⁶ Para un estudio general del caso Termorío ver: SALCEDO CASTRO M., "El Arbitraje en los Contratos concluidos por la Administración en Colombia y en Francia", *Cámara de Comercio de Bogotá y Universidad del Rosario*, Colombia, 2006, pp. 223 y ss. SERRANO MANTILLA F., "La autonomía de las partes frente al proceso arbitral: el centro del debate", en *Juriscrítica – Crítica de jurisprudencia*, N° 4, Bogotá D.C. LEGIS, Noviembre 2002. SILVA ROMERO E., "Las normas jurídicas aplicables en el arbitraje comercial internacional. Breve contribución al derecho internacional privado colombiano", en *Arbitraje y Conciliación*, Universidad de los Andes, Septiembre 2002.; "La distinción entre Estado y administración y el arbitraje resultante de los contratos de Estado", en *Revista Internacional de Arbitraje*, Junio – Diciembre 2004, p.161 y siguientes, especialmente p. 164.

procedimientos o instituciones que no estuvieran registradas ante el Ministerio de Justicia. Obviamente las reglas de la CCI no eran objeto de tal registro, lo que llevó al Consejo de Estado a anular la decisión arbitral.

Ahora bien, inclusive si por medio de un gran esfuerzo intelectual pudiéramos llegar a aceptar las razones de orden público que invocó el Consejo de Estado para declarar la anulación del laudo por una causal legalmente inexistente, lo cierto es que de todas maneras su juicio resulta errado en el sentido que de una parte, no se tuvo en cuenta que el arbitraje había sido de naturaleza internacional y, de otra parte, que las causales de anulación deben portar sobre cuestiones de forma, lo que no significa que el mínimo error de procedimiento tenga la capacidad suficiente de anular un laudo de tal naturaleza.

En efecto, las partes no necesitan decir expresamente, como lo manifestó el Consejo de Estado, que el arbitraje era internacional, pues la sola referencia hecha de las normas de la CCI podía dejar claro este propósito. Además, a pesar que el contratista era una sociedad de derecho colombiano, no podemos olvidar que el principal accionista en esta empresa era *LeaseCo*, una sociedad estadounidense, lo que ponía en juego los intereses del comercio internacional y en consecuencia daba el carácter de internacional al laudo. Esto quiere decir que el contrato que unía a Termorío con Electranta era internacional no solamente a los ojos del Derecho Internacional Privado, gracias a todos los elementos de extranacionalidad o puntos de conexión, sino también del Derecho Internacional Público - Económico de inversiones extranjeras.

Según esta última disciplina del derecho, existe una categoría de contratos internacionales que involucran un Estado o una de sus entidades y un inversionista privado extranjero, la cual ha sido llamada contrato de Estado, *State Contract* o *Contrat d'Etat*. Estos contratos de Estado o de inversión extranjera son piezas básicas de la economía actual ya que facilitan tanto el desarrollo del comercio internacional y de las empresas privadas como de los Estados que reciben la inversión. De esta manera, han sido considerados como contratos de Estado las concesiones petroleras o de cualquier servicio público como el agua, gas, energía, la construcción de autopistas, la prestación de servicios y hasta el pago de simples bonos comerciales. Por estas razones, la doctrina internacional ha discutido mucho sobre la verdadera naturaleza y el régimen jurídico de estos contratos⁶⁷. Sin embargo, escasos de tiempo, nos contentaremos solamente de señalar que estos contratos comportan normalmente dos tipos de cláusulas. Una de ellas es la relativa a la jurisdicción o al arbitraje internacional mientras que la otra se refiere a la elección de las reglas de derecho aplicables al contrato. En este orden de ideas, el contrato en el caso Termorío constituye un contrato de Estado o de inversión por excelencia. En efecto, no solamente el contrato en sí mismo concierne un sector público de alta importancia en cualquier Estado como lo es el energético, sino que además estamos en presencia de un inversionista extranjero, estadounidense en el caso, quien realiza una inversión estimada a durar veinte años en un país diferente al de su nacionalidad. Además y como si fuera poco, el contrato comportaba tanto una cláusula de arbitraje internacional refiriéndose a la constitución de un tribunal arbitral internacional según las reglas de arbitraje de la CCI, como una cláusula de elección del derecho previendo la aplicación del derecho colombiano. Es pertinente señalar también, que el hecho que el derecho aplicable a un contrato internacional sea el derecho interno de un Estado no significa, para nada, que el contrato sea local o interno en función de la aplicación de ese derecho, mucho menos cuando dicha aplicación es el fruto de la voluntad de las partes.

⁶⁷ Ver la bibliografía citada en la nota de pie de página 48 así como CORREA ANGEL D.X., "La Notion de Contrat International", *ob. cit.*

Sin embargo, el Consejo de Estado, hace como si nada de esto existiera y refugiándose en fechas exactas y en aplicaciones de la ley en el tiempo decidió no aplicar las nuevas leyes sobre el arbitraje, y en su lugar, aplicó la legislación precedente. En efecto, como ya lo dijimos, esta antigua legislación no autorizaba el funcionamiento de arbitrajes regidos por reglamentos de arbitrajes que no estuvieran sometidos al control del Ministerio de Justicia, lo que hace creer al juez del contencioso administrativo que el reglamento CCI no podía regir ningún procedimiento arbitral en Colombia y en conclusión la cláusula arbitral debía ser sancionada con la nulidad.

El Consejo de Estado parte entonces de un falso supuesto al aplicar el régimen anterior al de la Ley 80 de 1993 ya que el arbitraje no era nacional sino internacional. Pero inclusive y ante el hipotético caso que hubiera tenido razón, si aceptamos que estas antiguas normas regían tanto el arbitraje como la cláusula compromisoria en cuestión, ¿era el vicio de procedimiento tan grave como para declarar la nulidad del pacto arbitral? En efecto, las normas de la CCI no hacen más que organizar el procedimiento arbitral como lo pueden hacer otras reglas. Bajo las normas de la CCI o aquellas de la Cámara de Comercio de Bogotá, por ejemplo, nosotros creemos que los árbitros en uno y otro caso habrían llegado a conclusiones similares, ya que el derecho aplicado por los árbitros actuando según el reglamento de la CCI fue el colombiano, derecho que hubiera sido igualmente aplicable si el tribunal hubiera sido constituido bajo los auspicios de un reglamento de arbitraje interno o local. Esto significa, que el Consejo de Estado al haber sancionado todo un procedimiento y una decisión legalmente producidos tanto en el fondo (derecho aplicable) como en el procedimiento (normas de procedimiento respetuosas de los derechos de defensa y de debido proceso) por un vicio tan insignificante, no actuó seriamente. Este vicio, nos hace pensar en el caso *DAC*, donde no se tomó el juramento a los testigos tal como lo prevé las normas de procedimiento árabes, pero cuyo alcance internacional fue afortunadamente limitado por los jueces franceses por ser esta una causal de derecho interno. El arbitraje internacional no puede caer en el juego de los mínimos detalles de procedimiento y, con su decisión, el Consejo de Estado no hizo otra cosa que ignorar la independencia del arbitraje internacional.

Además, como lo han afirmado reconocidos autores, la escogencia de un reglamento arbitral por las partes no constituye un elemento esencial del pacto arbitral. Por el contrario, tal escogencia es meramente accidental y su presencia en la convención de arbitraje o no, no podría nunca conducir a definir tal convención de anormal ni mucho menos a sancionarla con la nulidad⁶⁸. Esto quiere decir que la conclusión a la cual llegó el Consejo de Estado resulta completamente desproporcionada, ya que confirió la calidad de elemento esencial a un elemento meramente accidental del arbitraje y por esta vía se permitió anular un laudo.

Sin embargo, lo peor parece haber ocurrido en los Estados Unidos, donde las dos instancias resolviendo el reconocimiento y la ejecución de este laudo anulado en Colombia no se sintieron chocadas por una tal aberración y, en consecuencia, le negaron el exequátur. En efecto, tanto la primera como la segunda instancia, decidieron que el laudo había sido anulado por el juez competente en Colombia y por motivos legales. Así, la Court of Appeals afirmó: *"For us to endorse what appellants seek would seriously undermine a principal precept of the New York Convention: an arbitration award does not exist to be enforced in other contracting States if it has been lawfully 'set aside' by a competent authority in the state in which the award was made. This principle controls the dispositions of this case"*.

⁶⁸ SERRANO MANTILLA F., *ob. cit.* p. 3. SILVA ROMERO E., *ob. cit.*

Hasta ahí podríamos estar de acuerdo. Sin embargo, aceptando que los “motivos legales” que habían conducido al juez colombiano a anular el laudo se encontraban debidamente fundamentados, el juez del exequátur ha debido preguntarse si ellos eran, en efecto, suficientes para anular la sentencia arbitral. Dicho de otra manera, el juez estadounidense ha debido preguntarse sobre todo por el alcance internacional de las causales de anulación del laudo. Nosotros creemos que si dicho juez se hubiera verdaderamente preocupado por estas cuestiones, la suerte del laudo internacional anulado en Colombia hubiera podido ser diferente de aquella que le fue reservada. Sin embargo, esto no ocurrió así y la Corte de Apelación, aceptando que los motivos de anulación de laudos pueden ser diferentes en el Estado de la sede arbitral y en aquel donde se demanda la ejecución del laudo, no consideró como una violación a su orden público “en favor del arbitraje internacional” el no reconocimiento de una sentencia arbitral anulada en el país de origen, tal como lo había manifestado en el caso *Chromalloy*.

Teniendo en cuenta estas falencias, algunos autores resaltan la existencia de otros motivos que han sido propuestos para no dar alcance a una decisión judicial interna anulando un laudo internacional. Así, el hecho que la decisión de anulación haya sido claramente errada, como lo fue la decisión del Consejo de Estado en el caso *Termorío*, que se haya presentado un caso de fraude o corrupción al interior de la jurisdicción de la anulación son algunas de dichas proposiciones⁶⁹. Sin embargo, probar la corrupción o el fraude al interior de cualquier jurisdicción estatal no es fácil, lo que vuelve complejo y casi inaplicable alguna de estas proposiciones.

⁶⁹ SAMPLINER G.H., *ob. cit.*, p. 27.

CONCLUSIÓN

La situación expuesta a lo largo de este artículo es de una gravedad extrema, ya que algunos laudos internacionales correctos y legalmente producidos se ven negados de toda eficacia, por razones de menor importancia y concernientes únicamente a los procedimientos judiciales locales en los países que sirven de sede arbitral.

Es precisamente aquí, donde los jueces del exequátur deben aún trabajar y ser más rigurosos en el análisis de las causales de anulación que fundamentaron la decisión de anulación para evitar que más casos como el de *Termorío* sigan presentándose. Nosotros somos conscientes que la tarea no es fácil, ya que los jueces de la anulación pueden formalmente hacer encuadrar en una causal legal, otra que no lo sea o que, siendo legal, reviste una importancia insignificante para anular el laudo, tal como lo hizo el Consejo de Estado en *Termorío*, y conducir, por esta vía, al juez del exequátur a tomar decisiones erróneas. Nosotros somos también conscientes del arduo trabajo de jueces que se ven confrontados a aplicar otros derechos diferentes a los suyos, que no conocen bien, y, en muchos casos, en idiomas desconocidos.

Por estas razones, y teniendo en cuenta que uniformar las causales del recurso de anulación por vía convencional está aún tan lejos como el hecho de renunciar a este recurso, la invitación que hacemos es a la parte interesada en ejecutar el laudo para que en sus escritos explique y documente bien al juez del exequátur. De esta manera no sólo se facilita el trabajo del juez sino que se trata de evitar resultados injustos pues, al final de cuentas, una de las principales finalidades del derecho es la justicia.⁷⁰

⁷⁰ BATIFFOL H., *La philosophie du droit*, 1997 ; RADBRUCH G. « Le but du droit », en *Le but du droit : bien commun, justice, sécurité*, Travaux de la troisième session de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique, Sirey, 1938 ; ROUBIER, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Syrey, 1951.